لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ

وعني بإخراجه وتنسيقه
نعيم أشرف نور أحمد

المجلد الثالث والعشرون

إدارة القرآن　　　　المجلس العلمي

الفصل السادس والعشرون
فيما يكون خصماً من صاحب الوصية والغريم
والوارث وما لا يكون خصماً

٢٠٦٨٣ - روى المعلى عن أبي يوسف رحمه الله: رجل مات وترك عبداً وورثة صغاراً، وترك ديناً على رجل، فأقام العبد بينة أن مولاه أعتقه، وأوصى إليه، والذي عليه الدين حاضر، فالشهادة جائزة، ويقضى بالعتق، وبالوصية للعبد، وينبغي في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله أن لا تقبل شهادتهما على العتق، وإن كانت الورثة كباراً، فأقام العبد بينة على ذلك، فالشهادة جائزة، ويقضى بالعتق، ويجعل العبد وصياً في قول أبي يوسف رحمه الله، وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله.

٢٠٦٨٤ - وفي المنتقى: رجل مات، وترك ألفي درهم، وترك ابنين، فاقتسما، وأخذ كل ابن ألفاً، وغاب أحدهما، فأقام رجل البينة أن الميت أوصى له بثلث ماله، فإنه يأخذ من الحاضر ثلث الألف التي أخذها عند أبي حنيفة رحمه الله، قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف رواية الأصل، وقد مرت المسألة من قبل.

٢٠٦٨٥ - وفي نوادر إبراهيم عن محمد رحمه الله: رجل مات، وعليه دين، وأوصى بثلث ماله أو بدراهم مسماة لرجل، فجاء الموصى له، ثم جاء الغريم والورثة شهود أو غيب، وقدم الموصى له إلى القاضي، فالموصى له لا يكون خصماً له، وينبغي أن يحضر ورثته إن كانوا كباراً، وإن كانوا صغاراً نصب القاضي عنهم وصياً.

واعلم أن الموصى له لا يكون خصماً للغريم إذا حصلت الوصية له بعين الثلث، أو بما دون ذلك، ولا يجعل الموصى له كالوارث في هذه الحالة، وإذا حصلت الوصية بما زاد

على الثلث إلى جميع المال، وصحت الوصية بأن لم يكن له وارث، فالموصى له خصم للغريم في هذه الحالة، ويعتبر الموصى له في هذه الحالة بالوارث؛ لأن استحقاق ما زاد على الثلث من خصائص الوارث، والوارث ينتصب خصماً للغريم.

٢٠٦٨٦- قال محمد رحمه الله في «الجامع»: رجل هلك، وترك ثلاثة آلاف درهم، ووارثاً واحداً، فأقام رجل البينة أن الميت أوصى له بثلث ماله، وجحد الوارث ذلك، فقضى القاضي له بالثلث، وأعطاه ذلك، وهو ألف درهم، ثم أقام رجل البينة أن الميت أوصى له بثلث ماله، وأحضر الموصى له إلى القاضي، فالقاضي يجعله خصماً، ويأمره أن يدفع نصف ما في يده إلى الثاني؛ لأن الثاني يدعي نصف ما في يد الأول لنفسه، والأول حائل بينه وبين ما يدعي بدعوى الملك لنفسه، وهو تفسير الخصم، وإذا صار خصماً، ثبت حق الثاني في الوصية الثانية بالثلث كما ثبت حق الأول، فللمزاحمة والمساواة كان الثلث بينهما نصفين.

فإن قضى القاضي على الأول بنصف الثلث، ولم يكن عنده شيء بأن هلك الثلث في يده، أو استهلكه وهو فقير، وحضر الوارث لم يكلف الثاني إعادة البينة؛ لأن الميت صار مقضياً عليه بإقامة البينة على الموصى له الأول؛ وإذا صار الميت مقضياً عليه، صار الوارث مقضياً عليه أيضاً، وكان للموصى له الثاني أن يتبع الوارث بما في يده، ويأخذ خمس ما في يده؛ لأن الموصى له بالثلث شريك الورثة في التركة كأحد الورثة؛ لأن حقه في عين التركة كالورثة، فالموصى له الثاني يقول للوارث: المال بيني وبين الأول وبينك على ستة أسهم: أربعة أسهم لك، ولكل واحد منا سهم، والأول أخذ سهماً زائداً على حقه، وقد توى ذلك عليه، وهو معسر، والأصل في المال المشترك أن ما هلك يهلك على الشركة، وما بقي يبقى على الشركة، فما بقي في يدك بيني وبينك على قدر حقنا، وحقي في سهم، وحقك في أربعة أسهم، فيقسم ما في يد الوارث بينه وبين الثاني على خمسة أسهم، فلهذا يأخذ الثاني خمس ما في يد الوارث. ثم الثاني مع الوارث يتبعان الأول، فيأخذان منه نصف ما أخذ؛ لأنه أخذ ذلك بغير حق، فإذا أخذ ذلك اقتسماه على خمسة أسهم أيضاً: سهم للثاني، وأربعة أسهم للوارث.

فإن قيل: القاضي عين الثلث المدفوع إلى الأول محلاً للوصية، وحق الثاني إنما يثبت في محل الوصية، وليس في يد الوارث منه شيء، فينبغي أن لا يكون للموصى له الثاني حق تضمين الوارث.

قلنا: القاضي جعل الثلث المدفوع مستحقاً للأول على تقدير انعدام الوصية الثانية، فإذا ظهرت الوصية الثانية، ظهر أن دفع ما زاد على نصف الثلث إلى الأول كان بغير حق إلا أن القاضي أخطأ في ذلك، وخطأ القاضي لا يكون مضموناً عليه، فيجعل ذلك كالتاوي، فلهذا كان للثاني حق المشاركة مع الوارث، والخصومة إلى القاضي الذي قضى للأول، وإلى قاض آخر سواء؛ لأن الأول إنما صار خصماً بحكم يده، وفي حق هذا المعنى هذا القاضي، وقاض آخر سواء.

ولو كان الموصى له هو الغائب، وأحضر الثاني الوارث، فالقاضي يقضي على الوارث؛ لأنه خليفة الميت، فصار خصماً في الاستحقاق عليه، ويكون القضاء على الوارث قضاء على الموصى له الأول؛ لأن الوارث لما انتصب خصماً عن الميت، صار الميت مقضياً عليه بالقضاء على الوارث، وإذا صار الميت مقضياً عليه صار الموصى له مقضياً عليه لكونه كأحد الورثة؛ فإن كان القاضي قضى بوصية الأول، ولم يدفع إليه شيء حتى خاصمه الثاني، والوارث غائب، فإن خاصمه إلى ذلك القاضي بعينه جعله خصماً؛ لأن ذلك القاضي عرف أن ثلث التركة ملك الموصى له إلا أنه أمانة في يد الوارث، ويد الأمين كيد المالك، فصار من حيث التقدير كأنه في يد الموصى له، وإن خاصمه إلى قاضي آخر لم يجعله خصماً؛ لأن الثاني يدعي نصف الثلث لنفسه، وهذا القاضي لم يعرف كون الثلث في يده لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث الحكم، لو ثبت ذلك إنما يثبت بإقرار الموصى له الأول أن الثلث في ملكي، وهو أمانة في يد الوارث إلا أنه بهذا الإقرار لا يصير خصماً؛ لأن هذا في الحقيقة دعوى على الوارث، فلا يصدق في ذلك، وإذا لم يصدقه القاضي في هذا لم يثبت ما يوجب كونه خصماً.

ولو كان الموصى له الأول هو الغائب، والوارث حاضر، ولم يدفع المال إلى الأول، فالوارث خصم للموصى له الثاني؛ لأن القاضي إنما يجعل الوارث خصماً للميت لكونه خلفاً عنه، والقاضي عالم بذلك، فأما الموصى له إنما يصير خصماً بكون

المال في يده إما حقيقة أو تقديرًا، والقاضي الثاني لم يعلم بذلك.

وهذا كله إذا أقر الموصى له الأول بأن المال الذي في يده بحكم الوصية، أو كان ذلك معلومًا للقاضي، فأما إذا لم يكن شيء من ذلك، فقال الأول: هو مالي ورثته عن أبي والميت ما أوصى لي بشيء، وما أخذت من ماله شيئًا، فإنه يكون خصمًا للموصى له الثاني بمنزلة ما لو ادعى رجل عبدًا في يدي رجل أنه اشتراه من فلان بكذا، وقال ذو اليد: هو عبدي ورثته من أبي، فإنه يكون خصمًا، ويقضى عليه ببينة المدعي، كذا ههنا.

وإن قال: هذا المال عندي وديعة لفلان ليس الذي يدعي الثاني الوصية من جهته، أو قال: غصبته منه، فلا خصومة بينهما؛ لأنهما تصادقا أن هذا العين وصل إلى الموصى له الأول من جهة الميت، فكانت يده غصب أو وديعة، وأيا ما كان، لا يكون يد خصومة في حق من يدعي تلقي الملك من جهة المالك كما في مسألة الشراء من جهته، فإنه تندفع عنه الخصومة.

وإن قال: هو وديعة عندي من جهة فلان، يعني به رجلا آخر غير الموصي، أو قال: غصبته منه، فهو خصم إلا أن يقيم بينة على ما قاله، فإنه انتصب خصمًا بظاهر اليد، فمجرد دعوى كون يده يد وديعة أو غصب لا يندفع عنه الخصومة.

٢٠٦٨٧ - قال: رجل أقام بينة على وارث ميت أن الميت أوصى له بهذه الجارية بعينها وهي ثلث ماله، وقضى القاضي بذلك، فدفعها إليه، وغاب الوارث، ثم أقام الآخر بينة على الموصى له أن الميت أوصى له بها، وذكروا رجوعًا، أو لم يذكروا، قضى القاضي للثاني بحقه؛ لأنه ادعى جميع ما في يد الأول لنفسه إن ادعى الرجوع، ونصفها إن لم يدع الرجوع، وذو اليد يدعي كونها لنفسه، وفي مثل هذا ينتصب ذو اليد خصمًا كرجل ادعى أنه كان اشترى هذه الجارية، ونصفها من الميت قبل موته، انتصب الموصى له خصمًا له، كذا ههنا، ثم إذا انتصب خصمًا، فإن ذكروا رجوعًا، قضى القاضي بكل الجارية للثاني، وإن لم يذكروا رجوعًا، قضى له بنصفها للثاني للمزاحمة والمساواة. ويكون هذا قضاء على الوارث غائبًا، أو حاضرًا حتى إن الموصى له الأول لو أبطل حقه كانت كل الجارية للثاني؛ لأن الوارث إنما يتلقى ملك الميراث من جهة الميت.

وقد صار الميت مقضياً عليه بهذه البينة، وكل من يتلقى الملك من جهته يكون مقضياً عليه أيضاً.

وإن غاب الموصى له، وحضر الوارث لم ينتصب الوارث خصماً للموصى له الآخر، خاصمه إلى القاضي الأول، أو إلى غيره؛ لأن المدعى به الجارية، وهي ليست في يد الوارث لا حقيقةً ولا حكماً، والوارث إنما يصلح خصماً فيما يصلح المورث خصماً حال حياته، والمورث لا يصلح خصماً في حال حياته فيما زال عن ملكه ويده، فكذا الوارث بخلاف ما إذا كان الثاني يدعي وصية بالثلث، وأحضر الوارث حيث يصير خصماً؛ لأن هناك المدعي يدعي بنفسه شركة فيما في يد الوارث على ما مر، فينتصب الوارث خصماً في إثبات سبب ذلك، أما ههنا فبخلافه.

وإن كان القاضي قضى للأول بالجارية، ولم يدفعها إليه، حتى خاصم الثاني الوارث، فإن خاصمه فيها إلى القاضي الأول لم يجعله خصماً؛ لأنه عرف كونها لغيره، وعرف كون الوارث أميناً فيها، ويد الأمين لا تكون يد خصومة.

وإن خاصمه إلى قاض آخر جعله خصماً؛ لأن القاضي الآخر لم يعرف كونها لغيره وكون الوارث أميناً، بل عرف كونها من جملة التركة، فلا يصدقه في أنها لفلان، وإنه أمين فيها إلا ببينة يقيمها على ذلك، وإذا لم يصدقه قضى عليه، وصار الموصى له الأول مقضياً عليه؛ لأن الموصى له الأول يدعي تلقي الملك من جهة الميت، والميت صار مقضياً عليه بهذه البينة، فصار من يدعي تلقي الملك من جهة الميت مقضياً عليه أيضاً، بخلاف ما قلنا في أبواب الدعوى في الملك المطلق: إن صاحب اليد إذا ادعى أنه مودع فلان، ولم يقم بينة على ذلك أن القضاء عليه لا يجعل قضاء على الذي ادعى أنه أودعه؛ لأنه لا يتلقى من جهة المقضي عليه، وهو صاحب اليد ملكاً، فاقتصر القضاء على ذي اليد، أما ههنا فبخلافه.

ثم إن القاضي إذا سمع بينة الثاني على الوارث في هذا الفصل، وهو ما إذا خاصم الثاني عند قاضي آخر، فقضى للثاني بنصف الجارية، سواء شهد شهوده على الرجوع عن الوصية الأولى، أو لم يشهدوا على الرجوع، وهذا لا يشكل فيما إذا لم يشهدوا على الرجوع، وإنما يشكل فيما إذا شهدوا على الرجوع، والوجه في ذلك أن

الموصى له الثاني أثبت الوصية لنفسه في العبد، وهو استحقاق على الميت، والوارث خصم في ذلك، أما إثبات الرجوع عن الوصية الأولى فليس باستحقاق على الميت، بل هو استحقاق على الموصى له الأول خاصة، ولا يقع ذلك على الميت ولا على الوارث، والوارث ليس بخصم عن الموصى له الأول، فصح القضاء على الوارث بالوصية، ولم يصح القضاء عليه بالرجوع؛ فلهذا كانت الجارية بينهما نصفين، فإذا حضر الأول، فإن أعاد الثاني البينة على الرجوع أخذ الكل، وإلا أخذ نصفها؛ لما قلنا.

ولو أقام الأول بينة أن الميت أوصى له بثلث المال، ودفعه القاضي إليه، ثم أقام الثاني البينة على الأول أن الميت رجع عن الوصية الأولى، وأوصى بثلث ماله للثاني، فالقاضي يأخذ الثلث من الأول، ويدفعه إلى الثاني؛ لأنه يدعي استحقاق جميع ما في يده، وإنه يجحد ذلك، فينتصب خصماً لقيام اليد، وإذا انتصب خصماً كان الثاني مثبتاً استحقاق نفسه وبطلان حق الأول على من هو خصم فيهما، فلهذا كان كما قلنا.

ولو كان الوارث هو الحاضر قضي بالوصية الثانية دون الرجوع عن الأولى، لما مر قبل، ولو كان الأول موصى له بعبد بعينه والعبد مدفوع إليه بقضاء قاض، ثم أقام آخر البينة على الموصى له أن الميت أوصى له بمائة من ماله، فالموصى له بالعبد لا يكون خصماً له؛ لأن الثاني لا يدعي استحقاق شيء مما في يد الأول بعينه؛ لأن في يد الأول عبداً، وإنه لا يدعي استحقاق شيء مما في يد الأول بعينه، ولهذا لو هلك العبد في يد الأول، لا تبطل وصية صاحب المائة، فلم يكن الثاني مدعياً استحقاق شيء مما في يد الأول بعينه، والموصى له بالعين إنما ينتصب خصماً لمن يدعي استحقاق شيء مما في يده بعينه.

ولو حضر الوارث وغاب الموصى له الأول، كان الوارث خصماً للثاني؛ لأن الوارث خصم لمن يدعي على الميت ديناً على ما مرّ، فكذا يكون خصماً لمن يدعي وصية مرسلة، ويكون القضاء عليه قضاء على الموصى له الأول.

٢٠٦٨٨ - قال محمد رحمه الله في «الجامع»: رجل له على آخر ألف درهم قرض، أو كان غصب منه ألف درهم، وكانت في يد الغاصب قائمة بعينها، أو استودعه ألف درهم وهي قائمة بعينها في يد المودع، فأقام رجل البينة أن رب المال توفي، وأوصى

له بهذه الألف التي له قبل هذا الرجل، والرجل مقر بالمال، لكنه يقول: لا أدري أمات فلان أو لم يمت؟ لم يجعل القاضي بينهما خصومة حتى يحضر وارثاً أو وصياً، أما في الوديعة والغصب فلأنهما اتفقا على أن يده إما يد أمانة أو يد غصب، وأيا كان لا يكون يد خصومة على ما مر، ونظيره إذا ادعى عيناً في يد رجل أنه اشتراه من فلان الغائب وذو اليد يقول: أنا مودع الغائب، أو غصبته منه لا ينتصب خصماً للمدعي، كذا هنا، وأما في الدين فلأنه يدعي على: ليت تملك الدين الذي في ذمة هذا، وليس للمدعى عليه يد على ما يدعيه الموصى له، فإن المديون لا يد له على ما في ذمته من الدين، ولا ملك له، فلم ينتصب خصماً.

٢٠٦٨٩- فرق بين هذا وبينما لو ادعى رجل أنه وارث فلان منه أو غصبه الغاصب أو المودع مقراً بالملك، ولكنه قال: لا أدري أمات أو لم يمت؟ أو قال: لا أدري أنت وارثه أم لا؟ فأقام البينة على ما ادعاه تقبل بينته، وانتصب ذو اليد خصماً، والفرق أن الوارث خليفة الميت قائم مقامه، وكونه مودعاً أو غاصباً لا يدفع خصومة صاحب الوديعة والغصب عن نفسه حتى لو قال المودع أو الغاصب: لا أدري، هل أنت الذي أودعتني؟ أو هل غصبت منك، أم لا؟ لا يندفع عنه الخصومة بهذا القول، فكذا كونه مودعاً أو غاصباً لا يدفع عنه خصومة وارثه[1]، أما الموصى له ليس بخليفة عن الميت، وإنما ينتصب المدعى عليه خصماً له باعتبار يده، ولم تعتبر جعل المدعى عليه خصماً له بحكم اليد على ما مر، فلهذا افترقا.

وهذا الذي ذكرنا إذا كان الذي قبله المال مقراً بذلك، فإن قال الذي في يديه المال: هذا ملكي، وليس عندي من مال الميت شيء، صار خصماً للمدعي؛ لأنه نازعه بدعوى الملك، فصار خصماً له في إثبات الملك سببه، وصار كمن ادعى عيناً في يد رجل أنه اشتراه من فلان الغائب، وذو اليد يقول: هو لي؛ فإنه ينتصب خصماً للمدعي، كذا هنا، وإذا جعله القاضي خصماً في هذا الوجه، قضى له بثلث ما في يد المدعى عليه؛ لأن محل الوصية الثلث، والقاضي لم يعرف للميت مالاً آخر، فيقضي له بثلث هذا المال إلا أن يقيم المدعي بينة أن الميت ترك ألفي درهم غير هذه الألف وأن الوارث قبض ذلك، فحينئذ يقضي له بكل هذه الألف؛ لأنه أثبت استحقاق كله بعضه بالبينة العادلة،

---

(١) وفي م: خصيه.

فلو حضر الوارث بعد ذلك ، وقال : لم أقبض من مال الميت شيئاً ، لم يلتفت إلى قوله ؛ لأنه صار مقضياً عليه بوصول ألفي درهم إليه في ضمن ثبوت الألف ثلث التركة .

ولو كان مكان الموصى له غريماً يدعي ديناً على الميت ، والمسألة بحالها لم يكن الذي قبله المال خصماً ، سواء كان صاحب اليد مقراً أو جاحداً ، أما إذا كان مقراً فلأنه لا ينتصب خصماً للموصى له في هذا الوجه مع أنه يدعي شركة في العين ، فلأن لا ينتصب خصماً للغريم ، ولأنه لا يدعي شركة في العين كان أولى ، وأما إذا كان جاحداً لأنه لا يدعي عيناً في يد صاحب اليد ، وإنما يدعي ديناً على الميت واستحقاق العين تابع له ، فإذا لم يصلح خصماً في الأصل لا يصلح خصماً في التبع أيضاً .

فإن أقام هذا المدعي بينة أن فلاناً مات ولم يدع وارثاً ، ولا وصياً ، فيقبل القاضي بينته ، وكان ينبغي أن لا يقبل هذه البينة ؛ لأنها قامت على غير خصم .

والجواب : لا ، بل قامت على خصم وهو القاضي ؛ لأن الشهود لما شهدوا أنه لم يترك وارثاً ، فقد شهدوا أن تركة الميت لجماعة المسلمين ، فالمدعي يدعي حقاً في مال جماعة المسلمين ، ولا يمكن الخصومة مع جماعة المسلمين ، فينتصب القاضي خصماً عنهم لكونه نائبهم ، ولأنه يدعي بهذا وجوب نصب الوصي على القاضي حسبة ، والقاضي فيما عليه يصلح قاضياً ، وإذا قضى القاضي بهذه البينة ينصب[1] عن الميت وصياً يأمر المدعي أن يقيم البينة عليه بذلك الدين ، فإذا فعل ، قبل بينته على الدين ، وأمر الذي قبله المال بقضاء الدين إلى الغريم إن كان الذي قبله المال مقراً بذلك .

ثم عاد محمد رحمه الله إلى صدر المسألة ، فقال : ولو أن الموصى له أقام البينة أن فلاناً مات ، ولم يدع وارثاً ، وأوصى له بالألف التي قبل فلان ، وقال الشهود : لا نعلم له وارثاً ، والذي قبله المال مقر بالألف الذي قبل فلان ، فالقاضي يقضي بالمال للموصى له ، فرق بين هذا ، وبينما إذا كان للميت وارث ، والفرق وهو أنه إذا كان للميت وارث لا يمكن أن يجعل الموصى له بمنزلة الوارث ؛ لما فيه من إبطال وارثه من جعله الشرع وارثاً في قدر الموصى به ، وليس للعبد ولاية إبطال ما أبطله الشرع ، فجعل الإيصاء به تمليكاً ، وجعل الموصى له متملكاً على الميت بمنزلة الموهوب له والمشتري ، فلم يكن الموصى له

(١) وكان في الأصل «ينصب» .

نائباً عن الميت، فلا ينتصب المودع والغاصب خصماً له، فأما إذا لم يكن للميت وارث فالموصى له يجعل وارثاً؛ لأن الموصي أقامه مقام نفسه فيما يتركه، وهذا هو تفسير الوارث، وأمكن جعله وارثاً؛ لأن جعله وارثاً لا يؤدي إلى إبطال ما أثبته الشرع، فجعل كالوارث، وقد بينا أن يد المودع لا يدفع خصومة الوارث، فكذا لا يدفع خصومة الموصى له.

ثم استشهد في الكتاب، فقال: ألا ترى أنهم لو شهدوا أن ميتاً أقر عندهم عند موته أن هذا أخوه لأبيه وأمه لا يعلمون له وارثاً غيره جعلت المال له وصار المودع خصماً، وإن لم يثبت نسبه من أبيه لما لم يكن للمقر وارث، كذا هذا.

٢٠٦٩٠ - قال محمد رحمه الله في «الجامع» أيضاً: رجل له على آخر ألف درهم دين أو كان الألف في يده غصباً أو وديعة، أو كانت الألف وصلت إلى الذي هي في يده من قبل أبيه أوصى بها إليه أبوه أي أبو الذي هي في يده المال، وكانت في يده لهذا الرجل، فغاب صاحب المال، فجاء رجل، وادعى أن صاحب المال مات، وأوصى له بهذه الألف التي قبل هذا الرجل، ولا بينة له، فصدقه الذي قبله المال، فهذا على وجهين: إما أن أقر المدعي أن لصاحب المال وارثاً غائباً، أو قال: لا أدري أله وارث أم لا، أو قال المدعي: ليس لصاحب المال وارث، وقد كان صاحب المال رجلاً نصرانياً أسلم، ومات، ولم يترك أحداً وصدقه الذي قبله المال في ذلك.

ففي الوجه الأول: القاضي لا يقضي على الذي في يده المال في الوجوه الأربعة الدين والغصب والوديعة والإيصاء؛ لأن الذي قبله المال لا ينتصب خصماً للمدعي متى كان لصاحب المال وارث غائب، أو قال: لا أدري أله وارث أم لا، ولهذا لو أنكر الذي قبله المال ما ادعاه المدعي لا تسمع بينة المدعي على ما ادعى عليه، فهذا إقرار صادر لا عن خصم، فيكون مردوداً كما لو صدر من أجنبي.

وفي الوجه الثاني: يصح إقراره حتى يأمره القاضي بدفع المال إليه إلا أن القاضي يتلوم في ذلك، ويتأنى ولا يعجل، فإن جاء مدع، أو وارث، وإلا قضى بالمال لهذا المدعي، أما صحة إقراره فلأن الذي قبله المال ينتصب خصماً للمدعي إذا لم يكن لصاحب المال وارث، ألا ترى أنه لو أقام البينة عليه في هذه الحالة تقبل بينته، فكان هذا

إقرارٌ صدر عن خصم فيصح، وأما الثاني والظلوم، فعلى حسب ما يؤدي إليه اجتهاده صيانة لقضائه لجواز أن يظهر الأمر بخلاف ما أقر به الذي قبله المال، وعلى القاضي صيانة قضائه عن النقض ما أمكن.

ثم إذا قضى القاضي عليه بعد التلوم، ودفع المال إليه، فهلك عنده، ثم جاء صاحب المال حيًّا، فإن كان المال غصبًا عند الرجل، فصاحب المال بالخيار إن شاء ضمن القابض؛ لأنه قبض مال غيره لنفسه بدعوى فاسدة، فيكون مضمونًا عليه كالمقبوض بحكم البيع الفاسد، وإن شاء ضمن الغاصب؛ لأنه تبين أن أمر القاضي بالدفع إليه لم يصح على الغائب، فبقي الغاصب ضامنًا كما كان، فإن ضمن الغاصب رجع على القابض، وإن ضمن القابض لا يرجع على الغاصب.

وإن كان المال وديعة عند الرجل كان له أن يضمن القابض بالإجماع؛ لما مر، وهل له أن يضمن المودع؟ فعلى قول محمد رحمه الله: كان له ذلك؛ لأن المودع بعقد الوديعة التزم الحفظ، وبالإقرار دل المقر له على الأخذ، فصار تاركًا ما التزمه من الحفظ، وإنه سبب الضمان كما لو دل سارقًا عليه.

وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: ليس له ذلك؛ لأنه لو ضمن إما أن يضمن بالإقرار، أو بالدفع لا وجه إلى الأول؛ لأن مجرد إقراره لا يزيل ملك المالك ولا يده، ولهذا لو هلكت الوديعة بعد الإقرار قبل الدفع، لا يضمن المودع بالاتفاق، ولا وجه إلى الثاني؛ لأنه كان مكرهًا على الدفع، وما يقول: إنه دل المقر له على الأخذ، قلنا: نعم إلا أنه منعه من الأخذ بعد الدلالة، والمودع إذا دل إنسانًا على الوديعة، ثم منعه من الأخذ بعد الدلالة لا يضمن بالإجماع.

وإن كان المال دينًا، فلصاحب المال أن يضمن الغريم، وليس له أن يضمن القابض، وإذا ضمن الغريم كان له أن يرجع على القابض، وأما إذا كان المال وصل إليه من قبل أبيه أوصى به أبوه إليه، وصورة هذا وتفسيره إذا كان لرجل ألف درهم دفعها(١) إلى رجل، وجعله وصيًّا، ثم مات الموصي، وله ابن غائب، ثم مات الوصي وترك ابنًا، فوصل المال إلى ابن الوصي من جهة أبيه كان أوصى بها إلى ابنه، وكان في يده، فادعاها

(١) وفي م ر: ثم دفعها.

إلى هذا المدعي بأمر القاضي، ثم جاء صاحب المال حيًا أراد محمد رحمه الله بقوله في هذا الفصل. جاء صاحب المال حيًا أي جاء ابن الموصي حيًا، أو لم يجئ حيًا، ولكن جاء وارثه، فنقول: إذا جاء صاحب المال حيًا له أن يضمن القابض لما مر، وليس له أن يضمن الذي قبله المال بالإجماع، أما عند أبي يوسف رحمه الله فلأن عنده لو كان الذي قبله المال مودعًا لا يضمن إذا دفع المال إلى المدعي بقضاء قاضٍ على ما مرّ، فهنا أولى، والذي قبله المال، ليس بمودع.

وأما عند محمد رحمه الله فلأنه لم يلتزم حفظه فلا يضمن بالتضييع، ولهذا قلنا: بأن في ولد المغصوب والوديعة إذا مات الغاصب أو المودع مجهلًا أنه لا يجب عليه الضمان بخلاف ما إذا كان الذي قبله المال مودعًا من جهة صاحب المال على ما مر.

ولو لم يجئ صاحب المال حيًا، ولكنه حضر وارثه، فأقام البينة أنه أخوه لأبيه وأمه لا وارث له غيره، فلا ضمان على الذي قبله المال في الوجوه كلها؛ لأن أمر القاضي بالدفع إلى الموصى له قد صح لما كان صاحب المال ميتًا؛ لأن للقاضي ولاية على مال الميت لكن القابض ضامن لما مر.

ولو أن الذي في يده المال أقر أن هذا أخو صاحب المال وأنه قد مات إلا أني لا أدري أهو وارثه أم لا؟ لم يقض القاضي للمقر له بشيء؛ لأن الثابت بالإقرار لا يربو على الثابت بالبينة، ولو قامت البينة أن هذا أخو الغائب، ولم يشهدوا أنه وارثه، فالقاضي لا يأخذ المال من يدي ذي اليد ما لم يشهد أنه وارثه لا نعلم له وارثًا غيره نص على هذا في كتاب الدعوى، ففي الإقرار أولى، وإن أقر أنه وارثه لا وارث له غيره، فإن القاضي يقضي للمقر له بالمال؛ لأن هذا إقرار حصل من خصم، ولهذا يقبل عليه بينة المدعي إذا أنكر ما ادعاه المدعي، والثابت بإقرار الخصم كالثابت معاينة.

ولو ثبت بالمعاينة أنه أخوه ووارثه، ولا وارث له غيره يقضي له بالمال، كذا هنا، ولكن يتأنى القاضي في ذلك زمانًا على حسب ما أدى إليه اجتهاده صيانة لقضائه عن النقض عند ظهور الأمر بخلاف الشهادة: فإن الشهود لو قالوا: هذا وارثه لا نعلم له وارث آخر، فإنه يسقط به التلوم، والفرق أن قول الشهود: لا نعلم له وارثًا آخر شهادة قولهم: لا نعلم له وارثًا آخر، يسقط به التلوم عن القاضي؛ لأن قولهم: هذا شهادة،

وجنس الشهادة حجة على الغير، فجاز أن يستفيد به الخصومة، وإن لم يكن قولهم: لا وارث له من جنس الشهادة، أما قول المقر: لا وارث له غيره هذا إقرار على غيره، وجنس الإقرار ليس بحجة على الغير، فلا يستفيد به الخصومة، فهذا تلوم زمانًا، فلم يظهر له وارث آخر، ودفع المقر المال إلى المقر له بأمر القاضي، ثم جاء صاحب المال حيًا. قال محمد رحمه الله في الكتاب: فهو بمنزلة الموصى له فيما وصفت لك من حق التضمين، ولو لم يجئ صاحب المال حيًا، لكن جاء رجل، وأقام بينة أنه ابنه قال في الكتاب أيضًا: إنه بمنزلة الموصى له في جميع ما وصفت لك في أنه لا ضمان على الذي قبله المال في الفصول كلها، وكان الضمان على القابض على ما مر.

ولو أن الذي في يديه المال أقر لرجل أنه ابن الميت، وأن للميت ابنًا آخر، وقال الابن المقر له: ليس له ابن آخر يتلوم القاضي زمانًا؛ لأن الذي قبله المال لو قال: هذا ابنه ليس له ابن آخر يتلوم القاضي صيانة لقضائه من النقض، فههنا أولى، فإذا تلوم زمانًا، فإن حضر وارث آخر، وإلا دفع المال كله إليه؛ لأن حقه قد ظهر، فلا يجوز تأخيره لأمر موهوم.

ثم فرق بين هذا، وبينما إذا أقر الذي قبله المال لرجل أنه أخو الميت، ولم يقل إنه وارثه قال: القاضي لا يدفع إليه المال، وإن تلوم زمانًا، وهنا قال: إذا أقر الذي قبله المال لرجل أنه ابن الميت، فالقاضي يأمره بالدفع إليه بعدما يتلوم زمانًا، وإن لم يقل: هو وارثه، والفرق: وهو أن الثابت بالإقرار في الفصلين جميعًا كالثابت بالبينة، ولو شهد الشهود أن المدعي ابن الميت، ولم يشهدوا أنه وارثه، وتأنى القاضي زمانًا نزع القاضي المال من يدي ذي اليد، ودفعه إلى المدعي؛ لأنه تيقن بكونه وارثًا، فإنه لا يحجب بحال، فكذا إذا ثبت بالإقرار، ولو شهد الشهود أنه أخو الميت، ولم يشهدوا أنه وارثه، فالقاضي لا ينزع المال من يدي ذي اليد؛ لأنه لم يتيقن بكونه وارثًا؛ لأنه قد يحجب ببعض الورثة، فوقع الشك في كونه مستحقًا، فلا يثبت الاستحقاق بالشك، فكذا إذا ثبت بالإقرار.

ثم قال في الكتاب: إذا تلوم القاضي زمانًا، ولم يظهر للميت ابن آخر أمر القاضي الذي قبله المال بأن يدفع المال كله إلى المدعي، ويأخذ منه كفيلًا ثقة، وما لم

يعطيه كفيلاً ثقة لا يأمر بدفع المال نظراً للغائب لجواز أن يكون للميت ابن آخر، فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: هذا قولهما.

أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: فلا يأخذ كفيلاً بناء على ما ذكر في "الجامع الصغير" أن من مات، فجاء رجل، وادعى أنه ابنه، وشهد له بذلك، ولم يقولوا: لا نعلم له وارثاً غيره يتلوم القاضي زماناً، فإذا تلوم، ولم يظهر له وارث آخر يسلم إليه التركة، ولا يأخذ منه كفيلاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يأخذ له كفيلاً، وقال عامة مشايخنا رحمهم الله: لا، بل هذا على الاتفاق.

والفرق لأبي حنيفة رحمه الله على قول العامة: إن الحق ههنا ثبت بالإقرار، فإنه حجة قاصرة، فضعف هذا الحق، فيحتاط بأخذ الكفيل، وفي تلك المسألة الحق ثبت بالبينة، وإنها حجة متعدية، فقوي الحق، فلا يحتاج إلى أخذ الكفيل، فإن جاء وارث آخر، فلا ضمان على الذي قبله المال في الوجوه كلها؛ لأن أمر القاضي بالدفع قد صح؛ لما مر أن للقاضي ولاية على مال الميت، ولكن الضمان على القابض وعلى كفيله؛ لأن القابض أخذ المال لنفسه بغير حق، والكفيل ضمن عنه.

ثم قال في الكتاب: وكذلك جميع ما وصفنا من إقرار الذي قبله المال بالوصية لصاحب الوصية بالميراث لصاحب الميراث، فإن القاضي إذا دفع المال إلى المقر له بعد ما تلوم زماناً، يأخذ منه كفيلاً ثقة لجواز أن يظهر الأمر في الثاني على خلاف ما أقر[1]، فيأخذ كفيلاً نظراً للغائب.

ولو كان الذي حضر، وادعى أن له على صاحب المال ألف درهم دين، وأنه مات وصدقه الذي قبله المال في ذلك لم يلتفت القاضي إلى ذلك، ولم يجعل بينهما خصومة حتى يحضر وارث في الوجوه الأربعة؛ لأنه لا يدعي شيئاً مما في يده إنما يدعي ديناً في ذمة الميت، وهو في حق ذمته أجنبي، فلا يصح إقراره، وهذا إذا زعم المدعي أن للميت وارثاً، أو قال: لا أدري له وارث أم لا، فإن أقر الذي قبله المال، والمدعي أنه ليس له وارث، فالقاضي يتلوم، ويتأنى زماناً، ثم إذا تلوم، ولم يظهر له وارث لا يدفع المال إلى المقر له، ولكنه ينصب للميت وصياً؛ لأنه لما تلوم زماناً، ولم يظهر له وارث، ولا

(١) وفي ظ: "لأن ما أقر" مكان "خلاف ما أقر".

وصي، ظهر أن هذه تركة مهملة ليس لها وارث، ولا وصي، فينصب القاضي وصياً؛ ليستوفي ما للميت على الناس، ويوفي مالهم عليه، وإذا نصب، يأمر المدعي بإقامة البينة على الوصي.

٢٠٦٩١- فرق بين هذا وبينما إذا ادعى المدعي أن الميت أوصى له بالمال الذي قبله، أو أنه وارثه وزعم أنه لا وارث للميت، وصدقه في ذلك الذي قبله المال وتأنى القاضي في ذلك زماناً، ولم يظهر له وارث آخر، حيث يدفع المال إليه، ولا يكلف المدعي إقامة البينة على ما ادعى من الوصية والميراث، وههنا قال: يكلف المدعي إقامة البينة على ما ادعى من الدين، والفرق في مسألة الوصية بالمال والميراث، الذي قبله المال أقر للمدعي بعين ما في يده؛ لأن الموصى له والوارث يستحقان عين التركة، فصار الذي قبله المال مقراً للمدعي بعين ما في يده، فأمر بالدفع إليه، أما ههنا فالذي قبله المال لم يقر بعين ما في يده لما أنه لا حق للغريم في عين التركة، فلم يكن مقراً على نفسه، بل أقر على الميت، فلا يثبت ما أقر به إلا بالبينة، فإذا أقام البينة على هذا الوصي أمره القاضي بأن يدفع حقه إليه.

فإذا دفع، ثم جاء صاحب المال حياً، والمال مستهلك عند المقر له، كان الجواب في الوجوه الأربعة الوديعة والغصب والدين والوصية كما قلنا: في الفصل الأول، ولو لم يجئ صاحب المال حياً، ولكن حضر وارثه، وجحد الدين لم يلتفت إلى جحوده، وكان قضاء القاضي ماضياً، ولا يكلف المدعي للدين إقامة البينة على الوارث؛ لأن تصرف القاضي في تركة الميت حالة غيبة الوارث ونصبه وصياً، وأمره بدفع الدين جائز، وإذا جاز ذلك صار الوصي خصماً، فكانت بينة المدعي قائمة على خصم، فلا يحتاج إلى إعادة البينة على الوارث.

٢٠٦٩٢- قال في «الجامع»: رجل له عند رجل وديعة، أو غصب، أو دين عليه، فأقام رجل بينة أن صاحب المال قد توفي، وأن هذا المدعي أخوه لأبيه وأمه وارثه، ولا وارث له غيره، والذي قبله المال جاحد للمال، أو مقر بالمال منكر لما سواه، فإنه ينتصب خصماً له، أما إذا كان جاحداً فلا شك. وأما إذا كان مقراً فلأن الوارث نائب عن الميت، وقد ذكرنا أن كون مودَعاً أو غاصباً أو مديوناً لا يدفع خصومة من هو نائب

الميت.

وإذا قضى القاضي بالمال كله، فقبضه، ثم جاء صاحب المال حيًا، وقد هلك المال في يد القابض، فإن كان الذي قبله المال غاصبًا، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الشهود، وإن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء ضمن الأخ، أما الشهود: فلأنهم أتلفوا الملك على الغائب حيث نقلوا المال عن ملكه إلى ملك أخيه، والشاهد بهذا يضمن إذا ثبت كذبه، وأما الغاصب فلأن الغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالإبراء، أو بالرد إلى المالك، أو إلى نائبه، والأخ لم يكن نائبًا عنه في القبض إذا لم يوكله بذلك، ولم يصر نائبًا أيضًا بأمر القاضي؛ إذ ليس للقاضي ولاية على الغائب في نصب الوكيل عنه، وأما الأخ فلأنه قبض مال غيره لنفسه بغير حق، فإن اختار تضمين الغاصب، كان له الخيار، إن شاء ضمن الشهود، وإن شاء ضمن الأخ؛ لأن الغاصب تملكه بأداء الضمان، فظهر أن التعدي من الشهود، ومن الأخ وقع على الغاصب، فيضمن أيهما شاء، فإن ضمن الشهود، رجعوا على الأخ؛ لأنهم ملكوه بأداء الضمان، وظهر أن الأخ تعدى عليهم، وإن ضمن الأخ، لا يرجع على أحد؛ لأنه ملكه بأداء الضمان من وقت القبض، ولم يقع عليه تعد بعد ذلك من جهة أحد، وإن اختار المالك تضمين الشهود، فإنهم يرجعون على الأخ، لما قلنا، وإن اختار المالك تضمين الأخ فإنه لا يرجع على الشهود؛ لما مر أيضًا.

وإن كان الذي قبله المال مودعًا، فلا ضمان لصاحب المال على الدافع؛ لأنه كان مجبرًا على الدفع، ولكن يخير صاحب المال، إن شاء ضمن الشهود، وإن شاء الأخ، فإن ضمن الشهود، رجعوا على الأخ، وإن ضمن الأخ، لا يرجع على أحد لما قلنا.

وإن كان المال دينًا، فلا ضمان لصاحب المال على الشهود؛ لأنهم لم يتلفوا عليه شيئًا، فإن الدين في ذمة الغريم كما كان، ولا ضمان له على الأخ أيضًا؛ لأنه قبض مال الغريم، لا مال صاحب الدين، ولكن صاحب المال يرجع على الغريم بدينه؛ لأنه لم يؤد الدين لا إلى المالك، ولا إلى نائبه فلا يبرأ، فإذا أخذ صاحب المال الدين من الغريم، كان الغريم بالخيار، إن شاء ضمن الشاهدين؛ لأنهما أتلفا ملكه في المقبوض بشهادتهما الباطلة، وإن شاء ضمن الأخ؛ لأنه قبض ماله لنفسه بغير حق، فإن ضمن الشهود،

رجعوا على الأخ، وإن ضمن الأخ لا يرجع على الشهود، وإنما صح تصرف الأخ في هذه الوجوه؛ لأن الشهادة بطلت لمعنى لا تهمة فيه بخلاف رجوع الشهود؛ لأن هناك بطلان الشهادة لمعنى فيه تهمة وهو الرجوع.

ولو لم يأت صاحب المال حيًا، بل تحقق موته كما قد شهد الشهود، فأقام رجل بينته أنه ابن الميت تقضي القاضي بذلك؛ لأن كون الأول أخ لا ينافي(١) الثاني ابنًا، وإذا قضى بذلك، فلا ضمان على الدافع في الوجوه كلها؛ لأن للقاضي ولاية على مال الميت فصح الأمر بالدفع، فلا يضمن الدافع شيئًا، ولكن للابن الخيار إن شاء، ضمن الشهود؛ لأنهم نقلوا ملك الابن إلى الأخ، وقد ظهر كذبهم فيما شهدوا لما ظهر للميت ابن، وإن شاء، ضمن الأخ؛ لأنه قبض ماله لنفسه بغير حق، فإن ضمن الأخ لم يرجع على الشهود، وإن ضمن الشهود رجعوا على الأخ؛ لما قلنا.

٢٠٦٩٣- فقد فرق بين هذا وبينما إذا جاء المشهود بموته حيًا، فإن هناك لا يكون له ولاية تضمين الأخ والشاهدين، وههنا قال له: ولاية تضمين الأخ والشاهدين، أما الفرق في حق الشهود: فإن المشهود بموته إن جاء حيًا، فالشهود ما أزالوا ملكه عن الدين، فإن دينه في ذمة الغريم على حاله، وما أحالوا بينه وبين الدين، فإنه يثبت له مطالبة الغريم بالدين، فأما ههنا: فإنهم أزالوا ملك الابن عن الدين، وأحالوا بينه وبين الدين، فإن الابن صار ممنوعًا عن مطالبة الغريم بسبب شهادتهم، وأما الفرق في حق الأخ، فإن هناك لما بقي الدين في ذمة الغريم، كان الأخ قابضًا مال الغريم لا مال هذا المالك، وههنا لما لم يبق الدين في ذمة الغريم، كان الأخ قابضًا مال الابن بغير الحق، فلهذا افترقا.

ولو لم يقم الثاني بينة أنه ابن الميت، لكن أقام بينته أنه أخو الميت لأبيه وأمه ووارثه قضى القاضي ببينته لعدم المنافاة، ويقضى له بنصف ما قبض الأول من الميراث، ولا ضمان على الذي قبله المال في الفصول كلها؛ لأنه لا ضمان عليه، إذا كان الثاني ابنًا مع أن الأخ القابض لا يبقى وارثًا مع الابن فلأن، لا يجب الضمان ههنا، والأخ القابض يبقى وارثًا مع الأخ الثاني كان أولى، ولا ضمان على الشهود ههنا؛ لأنهم لم يرجعوا

(١) هكذا في الأصل، وكان في م وب: "لاتي"، وفي ط: "لاتي".

عن شهادتهم، ولم يوجد ما يبطل شهادتهم، ولا ما يجعل شهادتهم مجازًا؛ لأن ثبوت الأخوة للثاني وكونه وارثًا لا ينفي كون الأول وارثًا، فبقيت شهادتهم صحيحة، فلم يصيروا مخالفين المسألة الأولى؛ لأن البنوة إذا ثبت، ينفي كون الأخ وارثًا، فصارت شهادتهم مجازًا، أما ههنا فبخلافه.

فإن قيل: قد بطل القضاء بشهادة الفريق الأول؛ لأنهم قالوا: لا نعلم له وارثًا آخر.

قلنا: ليس هذا من صلب الشهادة، وكيف يكون هذا من صلب الشهادة، وإنه شهادة على النفي إلا أن القاضي كان يتلوم زمانًا حتى ينظر أنه هل يظهر له وارث آخر، فهم بهذا القول أسقطوا عنه مؤنة التلوم، لا أن يكون هذا من صلب الشهادة فلان، ولما لم يكن هذا من صلب الشهادة، صار في حق الشهادة كالعدم.

الفصل السابع والعشرون
في تصرف الأب ووكيل الأب والجد
والقاضي وأمينه في مال الصبي

٢٠٦٩٤- الأب إذا باع مال نفسه من ابنه الصغير، أو اشترى ماله لنفسه جاز استحساناً، والقياس أن لا يجوز؛ لأن الواحد لا يصلح عاقداً من الجانبين في عقود المعاوضات؛ لما فيه من رجوع الحقوق المتضادة والأحكام المتنافية إلى الواحد على ما عرف، وطريق الجواز على جواز الاستحسان أن يجعل الأب رسولاً عن الصغير في التصرف، وأمكن جعله رسولاً عنه لانتفاء التهمة عن تصرفه مع نفسه بسبب كمال الشفقة، وعبارة الرسول عبارة المرسل، فصار العقد قائماً بعبارتين معنى كأن الأب باع من هذا الغلام وهو بالغ، ثم تحمل العهدة عنه بحكم الأبوة لعجزه عنها، فلا تؤدي إلى التضاد في الأحكام؛ لأنه إنما يؤدي إليه أن لو كان حقوق العهدة للأب بحكم العقد، ولهذا لو بلغ الصغير كانت العهدة عليه بخلاف الوكيل؛ لأنه لم يوجد في حق الوكيل سبب تحمل العهدة سوى العقد، وكانت حقوق العهدة في حقه بحكم العقد فجاء التضاد على أنا نقول: هذا العقد لا يوجب التسليم والتسلم والمطالبة ليصير الواحد مسلماً ومتسلماً مطالباً ومطالباً؛ لأن الصغير في يد الأب وماله في يد الأب، فالبيع والشراء صادف محلاً مسلماً، فلا يجب التسليم والتسلم ولا المطالبة، فلا يتحقق التضاد في الأحكام وهو المانع من الجواز.

ثم اختلف المشايخ في أنه هل يشترط لتمام هذا العقد الإيجاب والقبول، والصحيح أنه لا يشترط حتى إن الأب إذا قال: بعت هذا من ولدي بكذا، أو قال[1]: اشتريت هذا بكذا، فإنه يتم العقد، ولا يحتاج إلى أن يقول: بعت واشتريت، وإليه أشار في الكتاب، فإنه قال: إذا باع من ولده وأشهد على ذلك جاز، ولم يشترط القبول، وهكذا ذكر الناطفي في واقعاته، وهذا لأن البيع قد ينعقد بدون اللفظ

(١) هكذا في م و ب، وكان في الأصل و ظ: أو قال.

بالتعاطي، ولا ينعقد بدون العاقد، ثم فيما لا ينعقد العقد بدونه، وهو العاقد لا نكتفي بالواحد من الجانبين، ففيما ينعقد العقد بدونه وهو اللفظ لأن يكتفي بالواحد من الجانبين أولى، والمعنى فيه أنه لا عبرة للقبول عند وجود الرضى كما في فصل التعاطي والرضى يتم بقوله: بعت هذا العين من ولدي بكذا، فلا يعتبر القبول.

ثم إن محمداً رحمه الله ما ذكر الإشهاد في الكتاب على وجه الشرط لجواز هذا البيع وتمامه، وإنما ذكره على وجه الاستيثاق لحق الصغير حتى تميز مملكته للصغير، ولا يجعل تركة بعد موته.

ثم يجوز هذا البيع من الأب بمثل القيمة، أو بما يتغابن الناس في مثله، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز هذا العقد إلا بمثل القيمة، فلم يتحمل في هذا العقد الغبن اليسير على هذه الرواية، وفرق بينه وبين تصرفه مع الأجانب، والفرق بأن الغبن اليسير إنما يتحمل في تصرفه مع الأجانب؛ لأن التهمة منتفية؛ لأن الإنسان لا يؤثر الأجنبي على ولده، وفي تصرفه مع نفسه التهمة متمكنة؛ لأن الإنسان قد يؤثر نفسه على ولده، فيستوي فيه اليسير والفاحش، ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح؛ لأن الغبن اليسير إنما يتحمل في تصرفه مع الأجانب؛ لأن التحرز عنه غير ممكن؛ لأنه يدخل تحت تقويم المقومين، وهذا المعنى موجود في تصرفه مع نفسه، وما قال من المعنى ليس بصحيح؛ لأن الإنسان بحكم شفقته ينظر للصغير في تصرفه مع نفسه ما لا يمكنه ذلك في تصرفه مع الأجانب، فكان معنى انتفاء التهمة ههنا أبين وأظهر

ولو وكل الأب رجلاً ببيع عبد له من ابنه أو بشراء عبد ابنه له والابن صغير لا يعبر عن نفسه، ففعل الوكيل ذلك لا يجوز؛ لأن الجواز في تصرف الأب مع نفسه لحاجة الصغير إلى تميز ماله، وطريقه جعل الأب رسولاً عن الصغير في التصرف لانتفاء التهمة، ولا حاجة ههنا؛ لأنه تندفع بتصرف الأب نفسه، وكذا لا يمكن جعله الوكيل رسولاً عن الصغير في التصرف لتمكن التهمة في تصرفه لانعدام الشفقة، وتوضيحه أن الأب نائب عن الصغير في التوكيل، فصار توكيل الأب على الصغير كتوكيل الصغير بعد البلوغ، ولو وكل الصغير بعد البلوغ وكيلاً، ثم وكل الأب أيضاً ذلك الوكيل، فباع مال هذا من ذلك لا يجوز، كذا ههنا.

فإن كان الأب حاضراً، وقيل من الوكيل جاز، وتكون العهدة من جانب الابن على الأب، ومن جانب الأب على الوكيل، وقيل: على العكس؛ لأن جعل الأب متصرفاً عن نفسه أولى؛ لأن الأصل في الإنسان أن يكون متصرفاً لنفسه، والأول أصح؛ لأن تصرف الأب لنفسه مباح، وتصرفه للصغير فرض، وإيقاع فعل الإنسان عما هو فرض عليه أولى من إيقاعه عما هو مباح له. واعتبره بما إذا اشترى بقرة وزنها عشرة وثوباً قيمته عشرة بعشرين، ونقد العشرة يجعل المنقود عن البقرة؛ لأن قبض بدل البقرة في المجلس مستحق، وقبض بدل الثوب ليس بمستحق، بل هو مباح، فإذا وجد القبض، كان إيقاعه من المستحق أولى.

٢٠٦٩٥ - ذكر هشام في «نوادره» عن محمد رحمه الله: إذا اشترى الأب عبد ابنه الصغير لنفسه شراء فاسداً، فمات العبد قبل أن يستعمله الأب، أو يقبضه، أو يأمره بعمل، مات من مال الصغير؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه، بل يتوقف على القبض، وبالتخلية لا يجعل قابضاً في البيع الفاسد، بل يشترط القبض الحسي الذي يصير به غاصباً مال الغير حتى يصير مضموناً بالقيمة، فيملكه بها، وقد ذكرنا في كتاب البيوع: أن التخلية في البيع الفاسد قبض على رواية «الجامع».

ولو باع عبده من ابنه الصغير بيعاً فاسداً، ثم أعتقه جاز عتقه؛ لأنه لا يخرج عن ملكه بمجرد البيع الفاسد، فقد أعتق ملك نفسه.

٢٠٦٩٦ - وفي «المنتقى»: اشترى من ابنه عبداً، والعبد في يد الأب، فمات العبد، فهو من مال الابن حتى يأمره الوالد بعمل، أو يقبضه بمنزلة عبد اشتراه وهو وديعة عنده، وهذا لأن العبد في يد الأب أمانة، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الشراء.

٢٠٦٩٧ - وإذا كان لرجل ابنان، فباع مال أحدهما من الآخر وهما صغيران، بأن قال: بعت عبد ابني فلان من ابني فلان جاز؛ لأنه لو باع مال أحدهما من نفسه يجوز، فإذا باع من الآخر، كذلك يجوز، هكذا ذكر المسألة في «الرياضات»، ولم يذكر ثمة أنهما إذا بلغا، فالعهدة على من تكون؟ وقد اختلفوا فيه، والصحيح أن العهدة تكون عليهما؛ لأن لحوق العهدة الأب بطريق التحمل عنهما لعجزهما عن التحمل بأنفسهما، وبالبلوغ

ارتفع العجز، فكانت العهدة عليهما لهذا.

ولو وكل الأب رجلا حتى باع مال أحد الصغيرين من الآخر لا يجوز؛ لما ذكرنا، قال في الكتاب: ألا ترى أنهما لو كانا كبيرين، فوكلا رجلا حتى باع مال أحدهما من الآخر لا يجوز، وهذا جواب عن سؤال مقدم ولم يذكره، وهو أن الوكيل قائم مقام الموكل، والأب لو باع مال أحدهما من الآخر يجوز، فإذا وكل بذلك رجلا يجب أن يجوز، فأشار إلى الجواب بما ذكر من المسألة، ثم الفارق بين تصرف الوكيل وتصرف الأب ما ذكرنا.

ولو وكل الأب وكيلا بالبيع ووكيلا بالشراء، فباع الوكيلان يجوز؛ لأن العقد تام بالاثنين، وزالت الاستحالة.

٢٠٦٩٨- وفي الفتاوى: الأب إذا باع مال الصغير من أجنبي بمثل القيمة، فهو على ثلاثة أوجه: فإن كان الأب محموداً عند الناس أو كان مستور الحال، يجوز البيع حتى لو كبر الابن، لم يكن له أن ينقض البيع؛ لأن للأب شفقة كاملة، ولم يعارض هذا المعنى معنى آخر، وكان هذا البيع نظراً فيجوز، وإن كان الأب فاسداً، فإن باع العقار، لا يجوز، حتى لو كبر الابن له أن ينقض البيع عند بعض المشايخ، وبه أخذ الصدر الشهيد رحمه الله، إلا إذا كان خيراً للصغير، بأن باع بضعف قيمته؛ لأنه عارض شفقة الأب معنى آخر، فلم يكن هذا البيع نظراً.

وإن باع ما سوى العقار من المنقولات، ففيه روايتان: في رواية: يجوز، ويؤخذ الثمن ويوضع على يدي عدل، وفي رواية: لا يجوز إلا إذا كان خيراً للصغير على نحو ما قلنا، وبه أخذ الصدر الشهيد رحمه الله.

٢٠٦٩٩- وفي "نوادر هشام" عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله: الأب إذا باع لابنه الصغير ما ثمنه عشرة دراهم بدرهم يعني باع من أجنبي يجوز، فإن اشترى له ما ثمنه درهم بعشرة دراهم لم يجز، وفي الأصل سوى بين البيع والشراء في هذه الصورة وأشباهها، ولم يجوزهما؛ لأن تصرف الأب مقيد بشرط النظر، وقد فات النظر، وعلى هذه الرواية فرق بين البيع والشراء، فلم يجوز الشراء لمكان التهمة؛ لأن للأب أن يضيف الشراء إلى نفسه، فيتهم من حيث إنه اشترى لنفسه، فلما وجد غبناً

خاصة، ولا يرجع به في مال الابن. قال: ولو كان ما يشتري، يرجع به عليه، يرجع بثمن الكسوة والطعام عليه، وكذلك كل دين لزم الصبي في حاجته، فضمنه الأب، فإنه لم يرجع به على الابن استحسانًا، وهو متطوع فيه.

٢٧٠٠٤ - ولو اشترى لابنه دارًا وأشهد عند عقد البيع أنه يرجع عليه بالثمن، كان له أن يرجع عليه به، وكذلك كل شيء يشترى مما لا يجبر الأب عليه، وكذلك كل دين كان على الابن، فضمنه الأب عنه، وذكر في "المنتقى": عن أبي يوسف رحمه الله تفصيلا فيما اشتراه الأب لابنه، قال: إن كان ما اشتراه شيئًا، يجبر الأب عليه، بأن كان طعامًا أو كسوة ولا مال للصغير لا يرجع الأب عليه، وإن شهد على الرجوع، وإن كان المشتري شيئًا، لا يجبر الأب عليه، بأن كان المشتري طعامًا أو كسوة وللصغير مال، أو كان المشتري دارًا أو ضياعًا، إن كان الأب أشهد وقت الشراء أنه يرجع، يرجع، وإن لم يشهد لا يرجع.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: فيما إذا اشترى دارًا أو ضيعة أو مملوكًا لابنه الصغير إن كان للأب مال، فالرجوع بالثمن على التفصيل، إن أشهد وقت الشراء أنه يرجع، يرجع وإلا فلا، وإن لم يكن للأب مال، لا يرجع، أشهد على الرجوع أو لم يشهد، ثم في بعض المواضع يشترط الإشهاد وقت الشراء، وفي بعضها وقت نقد الثمن، ويقول: إن أشهد وقت نقد الثمن أنه إنما ينقد الثمن ليرجع عليه.

وروى الحسن بن مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله: فيمن اشترى لابنه الصغير ثوبًا، ودفعه إليه في صحته، ثم أدى الثمن في مرضه، لا يرجع على الابن بشيء؛ لأن الذي يرجع به[1] الأب على الابن الثوب، وقد أمضاه في حال الصحة.

٢٧٠٠٥ - وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله: رجل تزوّج امرأة على أمة لابنه الصغير، فهو جائز، وإذا سلّم الأمة، يصير متلفًا للأمة معنى، أو مستقرضًا قرضًا فاسدًا، فيضمن قيمة الأمة في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول أبي يوسف رحمه الله: لا يصح إمهار الأمة، ويكون قيمتها على الأب للمزوجة، وإذا زوج أمة ابنه الصغير، فقد ذكرنا ذلك في كتاب النكاح إذا زوج بأمة ابنه الصغير يجوز.

---

(١) وفي م وف: شرع.

٢٠٧٠٦ - وإذا رهن الأب متاع ابنه الصغير بدين نفسه ، القياس أنه لا يجوز ، وفي الاستحسان : يجوز ، وهذا القياس والاستحسان على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله : لا يجوز أصلاً ، وهذه المسألة بناء على أن الأب إذا باع مال الصغير بدين نفسه من رب الدين بمثل ما عليه من الدين ، على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله : يجوز ، ويصير الثمن قصاصاً بدينه ، ويصير هو ضامناً للصغير خلافاً لأبي يوسف رحمه الله .

وأجمعوا على أن الأب إذا أراد أن يوفي دينه من مال الصغير ، ليس له ذلك هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح كتاب الرهن ، وذكر القاضي الإمام صدر الإسلام في شرحه : أن الأب يملك قضاء دين نفسه من مال الصبي ، وأشار إلى المعنى ، فقال : قضاء الأب دين نفسه من مال الصغير بمنزلة بيع مال الصبي من نفسه ، والأب يملك ذلك بمثل القيمة ، ويحتمل أن يكون في المسألة روايتان .

وإذا صح رهن الأب متاع الصغير بدين نفسه عندهما ، فهلك الرهن في يد المرتهن ، هلك بما فيه ، ويضمن الأب للصغير قيمة الرهن إذا كانت القيمة مثل الدين أو أقل ، أما إذا كانت القيمة أكثر من الدين ، يضمن مقدار الدين ، ولا يضمن الزيادة ؛ لأنه فيما زاد مودع مال الصغير ، وله هذه الولاية .

٢٠٧٠٧ - ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح كتاب الرهن : أن للأب أن يستقرض مال ولده لنفسه ، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرحه : أنه ليس له ذلك ، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ليس للأب أن يستقرض مال الصغير لنفسه ، قال رحمه الله : وهذا فصل تكلم الناس فيه ، قال : وأشار محمد رحمه الله في كتاب الرهن إلى أنه يملك ذلك ، قال : وعليه عامة المشايخ رحمهم الله .

وهل له أن يقرض مال الصغير من الأجنبي ؟ ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله : أن في الروايات الظاهرة ليس له ذلك ، وفي رواية كتاب الرهن له ذلك ، والأب إذا أقرض مال نفسه من ولده ، وأخذ رهناً من مال ولده ، جاز له ذلك ، هكذا ذكر شمس الأئمة الحلواني وشيخ الإسلام خواهر زاده رحمهما الله

٢٠٧٠٨ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: لا يجوز أمر والد المعتوه عليه حتى يمضي سنة من يوم صار معتوهًا، قال: ولا أحفظ فيه عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله شيئًا، قال ابن سماعة: كان محمد رحمه الله وقت في ذلك شهورًا، ثم بعد رجوعه من الرقة، وقته بسنة، وكل جواب عرفته في المعتوه، فهو الجواب في المجنون؛ لأنهما يستويان في الأحكام.

٢٠٧٠٩ - وإذا أرسل الأب غلامه في حاجته، ثم باعه من ابن صغير له، جاز، ولا يصير الأب قابضًا عن ابنه بمجرد البيع حتى لو هلك الغلام قبل أن يرجع إلى الوالد هلك من مال الوالد بخلاف ما إذا وهبه منه حيث يصير قابضًا له عن الابن بنفس الهبة، والفرق أن قبض الأب في العبد قبض أمانة؛ لأن قبض الإنسان مال نفسه قبض أمانة، وإنه ينوب عن قبض الهبة أما لا ينوب عن قبض الشراء،

فرع على مسألة البيع، فقال: إن لم يمت العبد ورجع إلى الوالد وتمكن الوالد من قبضه يصير الوالد قابضًا له عن ولده إن لم يبلغ الولد؛ لأنه مادام صغيرًا، فقبض الوالد قبض له، وإن لم يرجع العبد حتى بلغ الولد، ثم رجع العبد إلى الوالد، لا يصير الوالد قابضًا للولد حتى لو هلك قبل أن يقبضه الولد، هلك من مال الوالد، فانتقض البيع، فالأصل أن الأب إذا اشترى لابنه الصغير شيئًا، فمادام الابن صغيرًا، فحق القبض للأب، وإذا بلغ الابن، فإن كان الأب قد اشترى من الأجنبي، فحق القبض للأب، وإن كان قد اشتراه من نفسه، فحق القبض للابن، ولا يجوز قبض الأب عليه.

٢٠٧١٠ - وفي "حيل الأصل": ذكر طريق براءة الأب عن الثمن الذي وجب عليه لابنه الصغير، فقال: يخرج الأب مقدار الثمن من مال نفسه، وذلك مائة دينار مثلًا، ثم يقول الأب: إني اشتريت من مال ابني كذا بمائة دينار، وهذه مائة دينار أخرجها من مالي ثمنًا لهذا الذي اشتريت، وقد قبضتها لابني يكون له في يدي، ويشهد على ذلك.

وعن محمد رحمه الله في "النوادر": أنه قال: لا يبرأ عن الثمن ما لم يشتر لابنه بذلك الثمن من مال نفسه شيئًا، وعلى هذا إذا أنفق من مال ابنه الصغير في حاجة نفسه حتى وجب عليه الضمان، أو غصب شيئًا من ابنه الصغير حتى وجب عليه الضمان،

ثم أراد أن يبرأ عنه، فهو على ما قلنا.

وفي "الهاروني": الثمن الذي لزم الأب بشراء مال ولده، لا يبرأ الأب منه حتى ينصب القاضي وكيلا عن الصغير فيقبضه، ثم بعد قبضه يأمره القاضي برده على الأب، حتى يكون في يده عن ابنه وديعة.

٢٠٧١١ - وإذا باع الأب داره من ابنه الذي في عياله والأب ساكن فيها لا يصير الابن قابضاً ما لم يفرغه الأب حتى لو انهدمت الدار والأب فيها، يكون الهلاك على الأب، وكذلك لو كان فيها متاع الأب أو عياله، وهو غير ساكن فيها، فإن فرغها الأب، صار الابن قابضاً، فإن عاد الأب بعد ما تحول عنها فسكن، أو جعل فيها متاعاً له، أو أسكنها عياله، وكان غبناً، صار بمنزلة الغاصب.

٢٠٧١٢ - وفي "الهاروني": لو باع الأب من ابنه الصغير جبة له، وهي على الأب أو طيلساناً هو لابسه أو خاتماً في إصبعه لا يصير الابن قابضاً حتى ينزع الأب ذلك، وكذلك في الدابة والأب راكبها، وكذلك إذا كان عليها حمل حتى ينزعها عنها.

٢٠٧١٣ - ولو قال الأب: اشهدوا أني قد اشتريت جارية ابني هذه بألف درهم وابنه صغير في عياله، جاز الشراء، ويصير الأب قابضاً لها بنفس الشراء إن كانت في يده، والثمن دين عليه لا يبرأ إلا بالطريق الذي قلنا.

٢٠٧١٤ - وإذا استأجر الأب للصغير أجيراً بأكثر من أجر مثل عمل الأجير، بحيث لا يتغابن الناس فيه إلا أن الأب لم يعلم بذلك ذكر شيخ الإسلام في "شرح السير": أن الإجارة تنعقد على الصغير إلا أن على الصغير أجر مثل عمله، والأب إذا أجر نفسه للصغير، أو استأجر الصغير لنفسه، فقد كتبنا هذه المسائل في كتاب الإجارات متصلا بفصل الاستئجار للخدمة.

٢٠٧١٥ - وإذا هلك الرجل، وترك ابناً، وأوصى بشيء، كان للأب أن ينفذ وصاياه، ولو مات وعليه ديون كثيرة وله ورثة صغار، وترك متاعاً وعقاراً لم يكن للأب أن يبيع شيئاً من التركة، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي"، والفرق أن تنفيذ الوصية حق الميت، والأب نائب عنه وبيع حق الغرماء، وهو ما ليس بنائب عنهم، ففرق بين الجد ووصي الأب، فإن وصي الأب يملك بيع التركة لقضاء الدين

وتنفيذ الوصايا، ولهذا لا يملك بيع التركة لقضاء الدين وتنفيذ الوصايا.

وينبغي أن يحفظ هذا من صاحب(١) الكتاب، فإن محمداً رحمه الله لم يذكر هذا الفصل في المبسوط على هذا البيان، فإنه أقام الجد مقام الأب، فقال: إذا ترك وصيّاً وأباً، فالوصي أولى، فإن لم يكن فالأب أولى، فإن مات الأب والوصي، فوصيه أولى، ثم وصي القاضي، والله أعلم. وعنه رحمه الله بأن القاضي إذا باع مال الصغير، وسلمه إلى المشتري، ثم وجد المشتري بالمشترى عيباً، فليس له أن يخاصم القاضي حتى يرد بالعيب؛ لأن القاضي بمنزلة الرسول عن الصغير؛ لأن بيعه خرج على وجه القضاء بالنظر للصغير. ولو صار خصماً في هذا خرج بيعه من أن يكون قضاء، ولأن من صار خصماً في حادثة لا يصلح فيها شاهداً، فأولى أن لا يصلح قاضياً؛ لأن درجة القضاء فوق درجة الشهادة، وكذلك إذا باع بعض أمناء القاضي مال الصغير لا سبيل للمشتري في الخصومة في الرد مع الأمين؛ لأنه نائب عن القاضي، وحكم النائب حكم المنوب عنه.

٢٠٧٨٦ - إذا باع القاضي على صغير داره من ابن هذا الصغير أو من أبيه لا يجوز، هكذا روي عن محمد رحمه الله في المنتقى: القاضي إذا باع مال اليتيم من نفسه، أو باع مال نفسه من اليتيم، ذكر في السير الكبير: أنه لا يجوز، وأشار في المنتقى، وقال: لأن بيع القاضي مال الصغير يكون على وجه الحكم، وحكم القاضي لنفسه باطل، يوضح ما قلنا: إن القاضي إنما استفاد القضاء من جهة غيره، وما تم ذلك إلا به وبغيره، فكذا العقد الذي يعقده القاضي؛ لأنه القضاء لا يتم إلا به وبغيره.

وذكر في نوادر ابن رستم في أول مسائل النكاح عن محمد رحمه الله: أن القاضي إذا زوج الصغيرة اليتيمة من ابنه لا يجوز، وكذا إذا زوجها ممن لا تقبل شهادته له لا يجوز؛ لأن نكاح القاضي يكون على وجه الحكم، ولا يجوز حكمه لابنه، ولمن لا تجوز شهادته له.

قال الناطفي رحمه الله في أجناسه في مسائل البيوع: إن ما ذكر محمد رحمه الله في السير: أن بيع القاضي مال الصغير من نفسه لا يجوز، فذلك قول محمد

(١) هكذا في خ وم، وكذا في الأصل وب: أصحاب.

رحمه الله ، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله : فينبغي أن يجوز . في واقعات الناطفي : إذا اشترى مال اليتيم لنفسه من وصي اليتيم يجوز ، وإن كان القاضي جعله وصياً ؛ لأن الوصي نائب عن الميت لا عن القاضي .

٢٠٧٦٧- إذا باع أمين القاضي مال الصغير بأمر القاضي ، وقبض المشتري المبيع ، ولم يسلم الثمن حتى أمر القاضي الأمين أن يضمن الثمن عن المشتري ، فضمن ، صح ضمانه ، حتى كان للإمام أن يأخذه بذلك ، فرق بين هذا وبين المأمور بالبيع من جهة المالك إذا كفل بالثمن عن المشتري حيث لا يصح ، والفرق بينهما أن المأمور بالبيع من جهة المالك حقوق البيع[1] ترجع إليه بحكم البيع كأنه باع لنفسه ، ألا ترى أنه لو مات الموكل كان له أن يقبض الثمن ، وكذلك لو نهاه الموكل عن قبض الثمن حال حياته ، لا يعمل نهيه ، وكذلك تلزمه العهدة ، فإن المبيع متى استحق من المشتري ، وكان المشتري دفع الثمن للوكيل ، وهلك عنده كان للمشتري أن يرجع على الوكيل بالثمن كأنه باع ملك نفسه ، وكذلك لو وجد المشتري بالمبيع عيباً ورده ، وكان الوكيل قبض الثمن ، وهلك عنده كان للمشتري أن يرجع على الوكيل بالثمن ، وإذا كان حقوق العقد ترجع إلى الوكيل ، والعهدة تلزم الوكيل لا تصح كفالته بالثمن عن المشتري ؛ لأنه باعتبار أن الحقوق له والمطالبة بالثمن له لو صحت الكفالة ، فيكون ضامناً الثمن لنفسه عن نفسه ، وباعتبار أن العهدة تلحقه لو صحت الكفالة ، صار البائع ضامناً الثمن ، أما للموكل أو للمشتري : فإنه يضمن للموكل قبل ظهور الاستحقاق والرد بالعيب ، وبعد ظهور الاستحقاق والرد بالعيب للمشتري ، ولا يجوز أن يضمن الرجل الواحد مالاً لأحد الرجلين ؛ لأن المضمون له يكون مجهولاً .

فأما المأمور ببيع مال الصغير من جهة القاضي لا يرجع إليه حقوق العقد بحكم العقد بدليل أن الإمام لو نهاه عن قبض الثمن صح نهيه ، ولا تلزمه العهدة متى استحق المبيع من يد المشتري ، أو رده المشتري بالعيب ، وإذا كان لا يرجع إليه حقوق العقد ، ولا يلزمه العهدة كان سفيراً معتبراً عن الإمام بمنزلة الرسول ، والرسول في باب البيع إذا باع ، وضمن الثمن عن المشتري المرسل ، صح الضمان ، حتى كان للمرسل أن يطالبه بذلك ، وإن كان الرسول بالبيع وكيلاً بقبض الثمن ؛ لأنه ليس بقبض الثمن بحكم

---

(١) وفي م : حقوق العقد

المالكية كأنه باعه لنفسه، وإنما يقبض بحكم النيابة عن المرسل حتى لو نهاه المرسل عن القبض صح نهيه، ولا تلزمه العهدة حتى لو استحق المبيع من يد المشتري، أو رد عليه بالعيب، فمتى صحت الكفالة، لا يصير ضامنًا لنفسه عن نفسه باعتبار ماله من حق المطالبة، ولا يصير ضامنًا الثمن كملا لرجلين للبائع وتستحق باعتبار العهدة؛ لأن العهدة لا تلزمه عند الاستحقاق والرد بالعيب، وكذا كالأب إذا زوج ابنه الصغير امرأة، وضمن المهر عن الصغير للمرأة صح الضمان؛ لأنه لا ترجع الحقوق إليه، فكان بمنزلة الرسول فصح الضمان، والقاضي إذا باع مال اليتيم، وضمن الثمن عن المشتري لليتيم صح ضمانه، وكذلك الجواب في أمين القاضي؛ لأنه لا يرجع إليهما حقوق العقد، ولا تلزمهما العهدة، ولهذا لو عزل هذا القاضي البائع قبل قبض الثمن من المشتري، واستقضى آخر كان حق قبض الثمن للقاضي الثاني.

والأب إذا باع مال الصغير، وضمن الثمن عن المشتري للصغير، لا يصح ضمانه، ومدار الفرق على العهدة.

٢٠٧١٨ - وإذا أراد القاضي نصب الوصي، ففي أي موضع ينصب قد ذكرنا هذا الفصل بتمامه في «أدب القاضي»، وذكرنا ثمة أن القاضي إذا أراد نصب الوصي لصغير، هل يشترط حضرة الصغير أو لا يشترط؟ وإذا نصب القاضي وصيًا للصغير وخص له نوعًا من الأنواع يقتصر وصايته على ذلك النوع، والوصاية من قبل القاضي قابلة للتخصيص بخلاف الوصاية من جهة الأب.

٢٠٧١٩ - وفي «الفتاوى»: رجل مات من غير وصي، فقال القاضي لرجل: جعلتك وكيلا في تركة فلان، فهو وكيله في حفظ الأموال خاصة حتى يقول له: بع واشتر، ولو قال له: جعلتك وصيًا، فهو وصي تام، قال الفقيه رحمه الله: وبه نأخذ، ألا ترى أن من قال لآخر: أنت وكيلي في مالي، فهو وكيله بحفظ خاصة دون غيره، ولو قال: أنت وصيي في مالي، فهو وصية تامة بعد الموت، فكذا أمر القاضي في ذلك.

٢٠٧٢٠ - وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف رحمه الله: إذا اشترى القاضي من

الفصل الثامن والعشرون

في ثبوت الملك للوارث في التركة وفي تصرف الوارث في التركة وتناوله شيئاً من التركة قبل القسمة واتخاذ الطعام للمأتم وللذين على المريض[1] اجتمعوا

٢٠٧٢٢ - الدين إذا كان مستغرقاً للتركة يمنع جريان الإرث في التركة استحساناً، وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله لقوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[2]، جعل أوان الإرث بعد الوصية والدين، وإن كان الدين قليلاً غير مستغرق للتركة لا يمنع جريان الإرث في التركة استحساناً وهو قول أبي حنيفة رحمه الله آخراً، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

وجه ذلك أنا لو جعلنا الدين القليل مانعاً جريان الإرث أدى إلى إضرار ظاهر بالورثة؛ لأن تركة ما لم يخلو عن قليل الدين، فيؤدي إلى أن لا يملك تركة ما بالإرث، وفي ذلك ضرر ظاهر بالورثة خصوصاً إذا كانوا صغاراً محاويج إلى المأكول والمشروب والملبوس، فقلنا: بجريان الإرث لهذه الضرورة، وبه فارق الدين المستغرق؛ لأن التركة تخلو عنه غالباً، فلو جعلناه مانعاً لا يؤدي إلى إضرار ظاهر بالورثة، وأما دين العبد: هل يمنع جريان الإرث في رقبة العبد؟ ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يمنع، وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يمنع وهو قول الحسن بن زياد رحمه الله، وإليه أشار محمد رحمه الله في الباب الآخر من إقرار «الجامع».

والوجه لظاهر الرواية أن دين الميت إنما عرف مانعاً جريان الإرث بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾، وإنه يتناول ديناً على الميت، ودين

---

(١) هكذا في ظ، وكان في م: وللذين اجتمعوا الدين إذا كان مستغرقاً للتركة، وفي ب: وللذين اجتمعوا على المريض الدين إذا كان مستغرقاً للتركة، وفي الأصل: والذين اجتمعوا عند المريض الدين إذا كان مستغرقاً.

(٢) سورة النساء: الآية ١١.

ويسكن الدار، وإن كان له غنم لا يسعه أن يذبح شاة منها ويأكل، كذا قال أبو سليمان الجوزجاني رحمه الله.

٢٠٧٢٦- وفي دعوى "فتاوى الفضلي": إذا مات الرجل عن أخ وامرأة وأم، فللمرأة أن تتناول قدر الثمن مما يكال أو يوزن لا مما سواه؛ لأن التركة مشتركة، ولأحد الشريكين في المكيل والموزون أن يأكل بالحاجة.

٢٠٧٢٧- وفي مواريث "فتاوى أبي الليث رحمه الله" عن أبي يوسف رحمه الله: من مات، وترك طعامًا ودقيقًا وسمنًا، فهو ميراث كله، ولو كانت الورثة صغارًا، وفيهم امرأة استحسنت أن يأكلوا ذلك بينهم، ومن كان منهم كبيرًا أخذ حصته.

٢٠٧٢٨- ورثة صغار وكبار، وفي التركة دين وعقار تتوى ببعض المال، وأنفق الكبار البعض على أنفسهم وعلى الصغار فما توى، فهو على كلهم، وما أنفق الكبار ضمنوا حصة الصغار إن كانوا أنفقوا بغير أمر القاضي أو الوصي، وما أنفقوا عليهم بأمر القاضي، أو الوصي حسب لهم إلى نفقة مثلهم.

٢٠٧٢٩- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: رجل مات، وترك ابنين صغيرًا وكبيرًا، وترك ألف درهم، فأنفق الكبير على الصغير خمسمائة من الألف نفقة مثله، وهو ليس بوصي قال: هو متطوع في ذلك، ولو كان الميت ترك طعامًا أو ثوبًا، فأطعمه الكبير الصغير، أو ألبسه الثوب، فلبسه الصغير، استحسنت أن لا يكون على الكبير ضمان في ذلك.

٢٠٧٣٠- وفي "المنتقى" عن أبي حنيفة رحمه الله: لأحد الورثة أن ينفذ الوصايا إلا أن قسمته لا تجوز، فإذا عزل الدراهم يتصدق بها أجزته، ولا أجيز في العروض أن يتصدق بثلثها غير مقسوم.

٢٠٧٣١- وفي آخر "الجامع الكبير": رجل مات وفي يده ودائع لقوم شتى، وترك أموالا، وعليه دين يحيط بماله، وترك ورثة، فقبض بعض الورثة المال والودائع بغير أمر بقية الورثة وبغير أمر الوصي، فهلك في يده، فلا ضمان عليه، وهذا استحسان، والقياس أن يضمن بناء على أن أحد الورثة لا ينفرد بقضاء الدين من المال العين الذي كان في منزل الميت، ورد الودائع التي تكون في منزل الميت قياسًا، وفي

الإمكان، وكان العمل من هذا الوجه أولى من العمل على العكس؛ لأنا لو علمنا بشبه كونه ضائعًا في حق الأجنبي، وأثبتنا له حق القبض، وإنه أبعد من هذا المال، يلزمنا العمل بهذا الشبه في حق الوارث، وإنه أقرب إلى هذا المال من طريق الأولى، فحينئذ يتعطل العمل بالشبهين، فعملنا على الوجه الذي قلنا؛ ليمكننا العمل بالشبهين، فأما الذي في يد المودع محفوظ من كل وجه، فلم يكن للوارث ولا للأجنبي حق القبض، فيصير الوارث بالقبض ضامنًا.

وكذلك لو كان مكان المودع غاصب غصب هذه الأموال من المورث كان الجواب كما قلنا؛ لأن المال محفوظ من كل وجه بيد الغاصب، فإنه يبالغ في الحفظ فوق ما يبالغ المودع حتى يبرأ عن الضمان، فلم يكن للوارث حق الأخذ، وإن رفعوا الأمر إلى القاضي، وتصادقوا على ما وصفنا أمر القاضي الغاصب بدفع ما في يديه إلى الوارث إن كان الوارث أهلا لذلك، وإلا يضعه على يدي عدل؛ لأن القاضي مأمور بالنظر لأصحاب الديون والودائع، وذلك فيما قلنا؛ إذ لا يمكن ترك هذا المال في يد الغاصب؛ لأنه قد ظهر منه الخيانة في هذا المال، فلا يترك في يده، فتعين النظر ما قلنا، وإن كان ذو اليد قد أودعه الميت المال الذي في يديه في حياته، تركه القاضي في يديه إن كان أهلا له، وإلا دفعه إلى الوارث إن كان أهلا، وإلا وضعه على يدي عدل، والحاصل أن القاضي مأمور بالنظر في مال الميت، فيفعل ما كان أنفع في حق الميت.

٢٠٧٣٣- وإذا كان على الميت دين، وللميت على رجل دين، وليس للميت وصي، فأراد الوارث أن يقبض الدين الذي للميت، فإن كان الوارث موثوقًا به، فله الخصومة والقبض، وإن لم يكن موثوقًا به، فله الخصومة والتقاضي، وليس له القبض، وإنما القبض لغرماء الميت أو للقاضي أو لنائبه.

٢٠٧٣٤- ذكر شيخ الإسلام في "شرح المأذون الكبير"، وفي كتاب الدعوى من "فتاوى أبي الليث رحمه الله": صاحب فراش اجتمعت عنده قرابته يأكلون ماله، فادعى بعض الورثة عليهم ضمان ما أكلوه، قال أبو القاسم رحمه الله: إن أكلوه بإذنه، فمن كان منهم وارثًا ضمن ما أكل، ومن لم يكن وارثًا حسب ما أكل من ثلثه، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إن كان المريض يحتاج إلى تعاهدهم في مرضه، فأكلوا معه ومع عياله

بغير إسراف لا يجب الضمان استحساناً في الوارث وغيره.

٢٠٧٣٥ - في الفتاوى: سئل الفقيه أبو جعفر، عمن أوصى أن يتخذ للناس طعام بعد وفاته، ويطعم الذين يحضرون للتعزية قال: يجوز من ثلثه للذين يطول مقامهم عنده والذي يجيء من مكان بعيد، الأغنياء والفقراء في ذلك على السواء، ولا يجوز للذي لا يطول مسافته ولا مقامه، فإن فضل من الطعام شيء كثير يضمن الوصي، وإن كان قليلاً لا يضمن. وقيل: إذا عين الناس الذين يطعمون صحت الوصية، وتفسير طول المكث والمسافة أن لا يبيتوا في منازلهم، وسئل أبو بكر رحمه الله عمن أوصى بأن يتخذ طعام بعد موته ليطعم الناس ثلاثة أيام قال: الوصية باطلة. وسئل أبو القاسم عن حمل الطعام عند أهل المصيبة والأكل عندهم قال: حمل ذلك في الابتداء غير مكروه لشغلهم بجهاز ميتهم من اتخاذ ما يقوتهم، والحمل في اليوم الثالث إذا اجتمع النوائح مكروه؛ لأنه إعانة على الإثم.

الفصل التاسع والعشرون
في الوصية بالكفن والدفن وقراءة القرآن على القبر
وما يتصل بذلك، فيه الوصية بدفن الكتب

٢٠٧٣٦- في "واقعات الناطفي": إذا أوصى بأن يكفن بألف دينار أو بعشرة آلاف درهم، فإنه يكفن بكفن وسط ليس فيه سرف ولا تقتير، وقال في موضع آخر: يكفن بكفن المثل وهو أن ينظر إلى ثيابه حال حياته لخروجه إلى الجمعة والعيدين والوليمة، قيل للفقيه أبي بكر البلخي رحمه الله: لم اعتبرت ثياب الجمعة والوليمة، ولم تعتبر ثياب البذلة كما قال الصديق رضي الله عنه: "الحي أحوج إلى الجديد من الميت"، قال: كان ذلك في زمان لم يكن لهم سعة وعليه دل لفظ الصديق.

٢٠٧٣٧- وفي "النوازل": سئل أبو القاسم رحمه الله عن صاحبة دراهم أوصت أمها أن تكفنها بمقدار ستين، فكفنتها بما يساوي ثلاثمائة درهم، قال: إن لم تفعل ذلك بإذن جميع الورثة وهم كبار، ضمنتها حصة الثياب إن كانت للكل رقيمة ولا تحسب عنها شيء، وإن كان لبعض رقيمة دون البعض فما كان من كفن المثل لم تضمن، وما زاد ذلك ضمنت.

وسئل أيضاً: فيمن أوصى أن يكفن له من شيء كذا فلم يفعل الوصي من ذلك قال: لا ضمان عليه، وإن وجد له مشتريا وذلك الشيء للورثة.

٢٠٧٣٨- وسئل أبو بكر رحمه الله عن امرأة أوصت إلى زوجها وأمرته أن يكفنها من مهرها الذي لها عليه قال: أمرها ونهيها في باب الكفن باطل، ولو لم يكن لها مال، فكفنها في بيت المال دون الزوج بلا خلاف بين علمائنا رحمهم الله، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمهم الله، وروى خلف عن أبي يوسف رحمه الله أن الكفن على الزوج كالكسوة، وعن محمد رحمه الله أنه لا يجب، قال: وبقول أبي يوسف رحمه الله نأخذ.

قال الفقيه أبو بكر رحمه الله فيمن أوصى أن يكفن في ثوب كذا: إن هذه الوصية باطلة.

٢٠٧٣٩ - وقال إبراهيم بن يوسف رحمه الله: فيمن مات، ولم يترك شيئاً قال: إن ترك ثوباً واحداً، يكفن فيه، ولا يسأل، وإن لم يكن يسأل قدر ثوب، ويكفن فيه، ولا يسأل بالزيادة رجلاً كان أو امرأة قال الفقيه: هذا قول إبراهيم، وقال ابن سلمة وغيره: يكفن في ثلاثة أثواب، وكلا القولين حسن.

ولو أوصى بأن يكفن في ثوب كذا؛ ويدفن في موضع كذا، فالوصية في تعيين الكفن وموضع الدفن باطلة.

٢٠٧٤٠ - ولو أوصى بأن يدفن في داره فوصيته باطلة؛ لأنه ليس في وصيته منفعة له، ولا لأحد من المسلمين، فإن دفن فيها، فهو كدفنهم بغير وصية، فيرفع إلى القاضي، فإن رأى أن يأمر برفعه، فعل.

٢٠٧٤١ - وإن أوصى بأن يدفن فلان في داره، فهو باطل إلا أن يوصي أن يجعل داره مقبرة للمسلمين، ولو أوصى بأن يصلي عليه فلان فقد ذكر في "العيون": أن الوصية باطلة، وفي "نوادر ابن رستم رحمه الله": أنها جائزة؛ ويؤمر بأن يصلي عليه؛ والفتوى على ما ذكر في "العيون".

٢٠٧٤٢ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله: إذا أوصى بثلث ماله في إكفان موتى المسلمين، أو في حفر قبور المسلمين؛ أو في سقاية المسلمين قال: هذا باطل، ولو أوصى بثلثه في إكفان فقراء المسلمين أو في حفر مقابرهم، فهذا جائز، والوصية إذا وقعت للفقراء، لا يشترط فيها الحاجة بخلاف ما إذا وقعت مطلقة.

٢٠٧٤٣ - إذا أوصى أن يدفن في مسح اشتراه، ويغل يده، ويقيد رجله، فهذه وصية بما ليس بمشروع فتبطل، ويكفن كفن مثله، ويدفن كما يدفن سائر المسلمين.

٢٠٧٤٤ - إذا دفن الميت في قبر فيه ميت آخر قال: إذا بلي الأول حتى لم يبق منه شيء من العظام وغيره؛ فإنه يجوز؛ وإن بقي فيه العظام، فإنه يهال عليه التراب، ولا يحرك العظام، ويدفن الثاني بجنب الأول إن شاؤوا ويجعل بينهما حاجز من الصعيد.

٢٠٧٥٠ - وسئل أبو القاسم رحمه الله عن من أوصى أن يحفر عشرة أقبر قال: إن عين مقبرة ليدفن فيها الموتى، فالوصية جائزة؛ لأن ذلك على عمارة المقبرة، وفيها قربة، وقيل: إن كانت الوصية بالحفر لمن أبناء السبيل أو الفقراء من غير أن يبين موضعاً، فالوصية باطلة.

وفي "الواقعات" عن محمد رحمه الله: إذا أوصى بأن يحفر مائة قبر استحسن ذلك في محلته، ويكون على الصغير والكبير، وبعض مشايخ زماننا اختاروا الفتوى أنه إذا لم يعين المقبرة لا يجوز.

٢٠٧٥١ - وإذا أوصى أن يدفن كتبه، لم يجز أن يدفن إلا أن يكون فيها شيء لا يفهمه أحد أو يكون فيه فساد، فينبغي أن تدفن، والكتب التي فيها الرسائل، وفيها اسم الله تعالى، ويستغنى عنها صاحبها، ويحب أن لا يقرأها، فأحب الأمور إلينا أن يمحو ما كان فيه من اسم الله تعالى، ثم يحرقها، أو يلقيها في الماء الجاري، وإن لم يمح الأسامي وحرقها، وألقاها في الماء الجاري الكثير، فلا بأس به، وإن لم يفعل ذلك، ودفنها في أرض طاهرة لا ينالها قذر كان حسناً، ولا أحب أن يحرقها بالنار حتى يمحو ما كان من أسماء الله تعالى وأسماء رسله وملائكته، وقد ذكرنا شيئاً من هذه المسائل مع مسألة دفن المصحف في كتاب الاستحسان.

فيها الأولى؟ فقد اختلف فيه المشايخ رحمهم الله، وأشار محمد رحمه الله في "السير" إلى أنه يدخل.

٢٠٧٥٦- إذا أوصى لرجل بفرش بسلاحه سئل أبو يوسف رحمه الله: أهو على سلاح الرجل، أو على سلاح الفرس؟ قال: على الرجل، قال البقالي في "فتاواه": وأدنى ما يكون من السلاح سيف ورمح وترس أو قوس.

٢٠٧٥٧- لو أوصى له بذهب أو فضة وللموصي سيف محلي بذهب أو فضة كانت الحلية له؛ لأن الحلية ذهب وفضة على الحقيقة، ألا ترى أن حكم الصرف يثبت في حصة الحلية في البيع والسيف للورثة؛ لأنه لم يدخل تحت الوصية، ثم هذه المسألة على وجهين: إن لم يكن في نزع الحلية ضرر فاحش، تنزع الحلية من السيف، وأعطي الموصى له، وإن كان في نزعها ضرر فاحش، ينظر إلى قيمة الحلية، وإلى قيمة السيف، فإن كان قيمة السيف أكثر، يخير الورثة، إن شاؤوا، أعطوا الموصى له قيمة الحلية مصنوعًا من خلاف جنسها، وصار السيف مع الحلية لهم، وإن كانت قيمة الحلية أكثر يخير الموصى له إن شاء أعطى قيمة السيف وأخذ السيف، وإن شاء تركه. وإن كانت قيمتهما على السواء كان الخيار للورثة.

٢٠٧٥٨- ولو أوصى لرجل بقرو، وللموصي جبة أو قباء حشوه قرو، لا شيء له؛ لأن الحشو مغيب في الجبة غير ظاهر، وما كان مغيبًا لا يرى، ولا يشاهد، فهو بمعنى المستهلك، ألا ترى أنه جعل بمعنى المستهلك في حق جواز الصلاة، وفي حق إباحة اللبس حتى جاز للرجل جبة أو قباء حشوه قرو، وجازت الصلاة فيه، فكذا في حق الوصية.

٢٠٧٥٩- ولو أوصى لرجل بثوب قز، وللموصي جبة بطانتها ثوب قز، وظهارتها ثوب قز، كان للموصى له الثوب القز، والآخر للورثة.

٢٠٧٦٠- ولو أوصى له بجبة حرير، وله جبة بطانتها وظاهرها حرير، دخلت تحت الوصية، وإن كانت الظهارة حرير والبطانة غير حرير، فكذلك الجواب، وإن كانت البطانة حريرًا، فلا شيء له؛ لأن الجبة تنسب إلى الظهارة فهي الأصل في إطلاق اسم الجبة، والبطانة كالتابع له.

٢٠٧٦١ - ولو أوصى له بحلي يدخل تحت الوصية كل ما ينطلق عليه اسم الحلي، سواء كان مفصصاً بزمرد أو ياقوت أو لم يكن، ويكون جميع ذلك للموصى له.

٢٠٧٦٢ - ولو أوصى له بذهب وله ثوب ديباج منسوج من ذهب، فإن كان الذهب سدى الثوب مثل الغزل، فليس له منه شيء؛ لأن السدى في حكم المستهلك لغلبة اللحمة عليه، وإن كان الذهب فيه حباً يرى كان ذلك للموصى له وما وراء ذلك للورثة، فيباع الثوب، ويقسم الثمن على قيمة الذهب وما سواه، فما أصاب الذهب، فهو للموصى له، وهذا لأن الذهب إذا كان يرى، فهو غير مستهلك، بل هو مركب عليه كالحلية في السيف، فيدخل تحت الوصية.

٢٠٧٦٣ - ولو أوصى له بحلي دخل تحتها الخاتم من الذهب، وهل يدخل تحتها الخاتم من الفضة؟ فإن كان من الخواتيم التي يستعملها النساء دون الرجال دخل، وإن كان من الخواتيم التي يستعملها الرجال دون النساء لا يدخل. والحاصل أن اسم الحلي في عرف الاستعمال إنما يطلق على ما يلبسه النساء للتحلي دون ما يلبسه الرجال، وهل يدخل فيها اللؤلؤ والياقوت والزبرجد؟ فإن كان مركباً في شيء من الذهب أو الفضة يدخل بالاتفاق، وإن لم يكن مركباً، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يدخل؛ لأنه ليس بحلي، وعلى قولهما: يدخل؛ لأنه حلي، أصل المسألة إذا حلفت المرأة لا تلبس حلياً فلبست عقد لؤلؤ لا يخالطه ذهب ولا فضة، لا تحنث في يمينها عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما تحنث، ولو لبست عقد لؤلؤ مركب من ذهب أو فضة، يحنث في يمينه بالإجماع.

٢٠٧٦٤ - ولو أوصى له بحديد وله سرج ركاباه من حديد ينزع الركابان، ويعطيان الموصى له، والباقي يكون للورثة.

٢٠٧٦٥ - وفي «المنتقى»: إذا أعتق عبداً له وقال: كسوته له فله خفاه وقلنسوته وقميصه وسراويله وإزاره، ولا تدخل منطقته ولا سيفه، وإن قال: له متاعه، دخل السيف والمنطقة أيضاً، وهو وصية عبد الله بن المبارك رحمه الله.

الفصل الحادي والثلاثون

في الإيصاء

هذا الفصل يشتمل على ثنين وعشرين نوعًا : الأول . في قبول الوصايا وردها :

٣٠٧٦٦ - قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير : في الرجل يوصي إلى رجل ، فقبل في حياة الموصي ، فالوصاية لازمة له حتى لو أراد الخروج منها بعد موت الموصي ليس له ذلك ، وإن رده في حياته ، إن رده في وجهه ، صح الرد ، وإن رده في غير وجهه ، لا يصح الرد ، ومعنى قوله : في وجهه بعلمه ، وفي غير وجهه بغير علمه ، والوجه في ذلك أن الإيصاء شرع نظرًا للميت ، وحقًا للموصي على الوصي للتصرف في أمواله ، ويسعى في أسبابه بعد وفاته ، فيتدارك الوصي بعد وفاته ما فات عليه في حياته ، فإذا قبل ذلك بحضرته فالموصي يعتمد على قبوله ، فلا يوصي إلى غيره ، فلو صح رده بعد ذلك ، أدى إلى إبطال حق الميت ، وإلى الإضرار به وذلك لا يجوز .

وكذلك لو رده في حال حياته في غير وجهه لا يصح الرد ؛ لأن الموصي إذا لم يعلم برده يحسب أن له وصيًا يتدارك ما فات عليه في حياته ، فلا يوصي إلى غيره ، فلو صح الرد ، يتضرر به الميت بخلاف ما إذا رده في وجهه ؛ لأنه إذا رده بعلمه يمكنه أن يوصي إلى غيره ، وأن يدفع الضرر عن نفسه ، وهو متبرع في قبوله ، فيصح رده .

قال الخصاف رحمه الله في كتابه : رد الوصاية حال حياة الموصي من غير علمه ، ثم مات الموصي ، ثم قبل الوصي الوصاية ، صح قبوله ؛ لأن ذلك الرد لم يصح ، فصار وجوده والعدم بمنزلة ، قال : إلا أن يكون القاضي أخرجه من الوصاية بذلك الرد فحينئذ يخرج عن الوصاية ، ولا يصح قبوله بعد ذلك .

واختلف المشايخ رحمهم الله في تخريج هذا الحكم ، بعضهم قالوا : لأن على قول بعض العلماء يصح رد الوصي من غير علم الموصي ، فمتى أخرجه القاضي من الوصاية بذلك الرد ، فقد قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ ، وإليه مال شمس الأئمة

السرخسي رحمه الله، وبعضهم قالوا: لا حاجة إلى هذا التكليف؛ لأن الوصاية لو صحت بقبوله، لكان للقاضي أن يخرجه من الوصاية، ويصح الإخراج، فههنا أولى، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله.

ثم فرق بين هذه المسألة وبينما إذا أوصى بثلث ماله لرجل أو عال معين، فقبل الموصى له الوصاية منه حال حياة الموصي، لا يصح قبوله حتى لو رده بعد وفاته، صح الرد، وقد قال: بأن الموصى له لو قبل الوصية في حال حياة الموصي، ثم رده بعد وفاته لا يصح رده كما أن الوصاية في المال مضافة إلى ما بعد الموت، ولأجله اعتبر الرد والقبول بعد الموت لا في حالة الحياة، فالإيصاء مضاف إلى ما بعد الموت، فيجب أن يعتبر الرد والقبول بعد الوفاة لا في حالة الحياة.

ووجه الفرق بينهما من وجهين: أحدهما: أن يقال بأن القياس أن لا يصح قبول الوصي حال حياة الموصي كما لم يصح قبول الموصى له الوصية حال حياة الموصي إلا أنا تركنا القياس، وجوزنا قبوله حال حياة الموصي نظراً للموصي، ودفعاً للضرر عنه على ما ذكرنا، وهذا المعنى لا يتأتى في باب المال؛ لأن أكثر ما في الباب أن الميت يعتمد على قبوله، ولا يوصي بثلث ماله لغيره إلا أنه لا ضرر للميت في ذلك؛ لأنه ترك الثلث لورثته، والإنسان كما يثاب إذا جعل ثلث ماله لغيره يثاب إذا ترك الثلث على ورثته، فلا ضرر على الميت متى جاز رده بعد وفاته بعد ما قبل الوصية منه حال حياته، إنما الضرر على الموصى له فصح رده.

والثاني: وهو أن الإيصاء توكيل مضاف إلى وقت مستقبل وهو ما بعد الموت، وإضافة الوكالات إلى وقت في المستقبل جائزة على موافقة القياس، ألا ترى أن التوكيل المضاف في حال الحياة إلى وقت مستقبل جائز، فإنه إذا قال لغيره: وكلتك ببيع عبدي غداً ورأس الشهر جاز قياساً واستحساناً. والوصية بالمال تمليك مضاف إلى وقت في المستقبل وهو بعد الموت، وتمليك المال مضافاً إلى وقت في المستقبل مما يأبى القياس، فإنه لو قال: ملكتك هذا الشيء غداً أو رأس الشهر، لا يجوز.

وإذا كان التوكيل المضاف إلى وقت في المستقبل جائزة في حالة الحياة قياساً واستحساناً، صح الإيصاء للحال مضافاً إلى ما بعد الموت، وإذا صح الإيصاء للحال

فرق بين هذا وبين الوكالة، فإن من وكل إنساناً، فباع الوكيل، ولم يعلم بذلك، لم يصح البيع، وقد ذكرنا الفرق في كتاب القضاء والوكالة من هذا الباب.

٢٠٧٦٧- وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله: فيمن أوصى إلى غيره والموصى إليه حاضر، فقال: لا أقبل، ثم قال: قبلت وسكت الموصي حتى مات، قال: ليس هذا بوصي، وإن كان حين قال: لا أقبل، قال له الموصي: ما كان هذا الذي باك إلا من أوصى؟ إذ لم تعمل أنت قال: قبلت فهذا وصي، وإذا أوصى إليه وهو غائب، فقال: لا أقبل، ثم قال: قبلت، ثم مات الموصي، فليس بوصي.

النوع الثاني

في تصرفات الوصي في مال اليتيم مع الأجانب

٢٠٧٦٨- الوصي إذا باع التركة فهذا على ثلاثة أوجه: إما أن يكون الورثة كلهم صغاراً أو كباراً أو صغاراً أو كباراً، فإن كانت الورثة كلهم صغاراً، فالوصي يبيع كل شيء من تركة الميت ضياعاً كان أو عروضاً أو عقاراً، سواء كانوا حضوراً أو غيباً، كان على الميت دين، أو لم يكن، لكن إنما يبيع بمثل القيمة، أو بما يتغابن الناس في مثله. قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: ما ذكر في الكتاب أن الوصي يبيع عقار الميت، فذلك جواب السلف، وأما المتأخرون من مشايخنا قالوا: إنما يجوز للوصي بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين، لا وفاء له إلا من ثمن العقار، أو يكون للصغير حاجة إلى ثمن العقار، أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة.

وإن كانت الورثة كلهم كباراً، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون حضوراً كلهم، فإن لم يكن على الميت دين، لا يملك الوصي التصرف في التركة أصلاً، ولكن يتقاضى ديون الميت، ويقبض حقوقه، ويدفع ذلك إلى الورثة، وفي المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله: فيمن أوصى إلى رجل وله أولاد كبار، وكلهم حضور، وليس على الميت دين، ولم يوص بوصية، فإنه يجوز بيع الوصي في كل شيء ما خلا العقار، وكذلك قول أبي يوسف رحمه الله، قال أبو الفضل رحمه الله: هذا خلاف جواب الأصل، فقد ذكر في الأصل: أنه لا يملك بيع ما سوى العقار أيضاً

الأولى: أن تكون الكبار غُيَّبًا، فإن كانت التركة خالية عن الدين وعن الوصية، فالوصي يبيع المنقول بالإجماع، ولا يبيع حصة الصغار من العقار، وهل يبيع حصة الكبار؟ ففي الخلاف الذي مر، وإن كانت التركة مشغولة بالدين والوصية، إن كان الدين مستغرقًا، يبيع العقار والمنقول جميعًا، وإن كان غير مستغرق، فإنه يبيع بقدر الدين من العقار والمنقول جميعًا بالإجماع، وهل يبيع الزيادة على ذلك؟ فالمسألة على الخلاف، وإن كان الكبار حضورًا، فإن كانت التركة خالية عن الدين والوصية، فإنه يبيع حصة الصغار من العقار والمنقول بالإجماع، وهل يبيع حصة الكبار؟ فالمسألة على الخلاف، وإن كانت التركة مشغولة بالدين، فإن كان الدين مستغرقًا، فإنه يبيع الكل، وإن كان الدين غير مستغرق، فإنه يبيع بقدر الدين، وهل يبيع الزيادة؟ فالمسألة على الخلاف.

والأصل عندهما أن الولاية تتقدر بقدر سببها، وسبب الولاية للوصي عجز الوارث عن التصرف، وعن الحفظ بنفسه، والصغير عاجز عن التصرف والحفظ بنفسه، والكبير إن كان حاضرًا قادر على التصرف والحفظ بنفسه، وإذا كان غائبًا، فهو قادر على التصرف من حيث هو عاجز عن الحفظ من حيث هو، وبيع المنقول من جملة الحفظ؛ لأنه يخشى عليه التوى والتلف، فيثبت له ولاية بيع المنقول الغائب من حيث إنه حفظ، أما العقار فمحصنة[1] بنفسها، فلا حاجة بها إلى الحفظ، فلم يكن بيعها من جملة الحفظ، وإنما يكون بيعها من حيث التصرف، وليس للوصي ولاية التصرف في مال الكبير وإن كان غائبًا.

والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله: أنه متى ثبت للوصي ولاية بيع بعض التركة ثبت له ولاية بيع الباقي، فإن الوصي لما ثبت بيع نصيب الصغير من المنقول، يثبت بيع نصيب الكبير الغائب أيضًا، وهذا لأن ولاية الوصي في تلك الصور إنما ثبت في نصيب الغائب لعجز الغائب عن الحفظ للتركة بنفسه على الميت، وههنا عجز عن حفظ التركة بنفسه على نفسه؛ لأن الجملة والأشقاص يشترى بأكثر مما يشترى به الأشقاص والانتقاص، وبيعها عند الشركة عيب في الأعيان، فلو باع الوصي نصيب الصغير وحده لا يشترى إلا بأرخص ماله، ولو باع الكبير نصيبه لا يشترى إلا بأرخص قيمة أيضًا، ولو باع

(١) كذا في ب، وفي م: محصنة، وفي ف: المخطوط، وفي الأصل: محصنة.

الوصي الكل يشتري الكل بألف ، فيحصل للميت زيادة مائتي درهم ببيع الكل ، وقد مست الحاجة إلى حفظ تلك الزيادة حتى إذا ظهر على الميت دين يمكن قضاؤه بتلك الزيادة ، والكبير قد عجز عن تحصيل تلك الزيادة ، وإن كان حاضراً ؛ لأنه لا ولاية له على نصيب الصغير ، سواء كان الوصي قادراً على حفظ نصيب الصغير ، أو كان عاجزاً عنه ، فثبت للوصي ولاية بيع نصيب الصغير والكبير جميعاً حفظاً لزيادة المالية على الميت .

وإذا كانت الورثة كلهم كباراً وهم غيب ، فآجر الوصي منقولاً لهم أو شيئاً من عقاراتهم ، جاز ذلك ، وهذا الجواب لا يشكل في المنقول ؛ لأنه يملك بيع المنقول في هذه الصورة ، فيملك إجارة المنقول أيضاً ، إنما يشكل في العقار ؛ لأنه لا يملك بيع العقار على الكبار حال غيبتهم ، والوجه في ذلك أن الإجارة بيع المنافع ، وهي مما يتوى ويتلف ، فكانت بمنزلة المنقول والوصي يملك بيع المنقول على الكبار الغيب لخشية التلف ، فلأن يملك بيع المنافع ، وإنها تتوى لا محالة أولى .

هذا هو الكلام في وصي الأب ، وأما وصي الأم : فنقول : وصي الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن الأب العقار ، والمنقول في ذلك على السواء ؛ لأن وصي الأم قائم مقام الأم ، والأم حال حياتها لا يملك بيع ما ورثه الصغير ، العقار والمنقول المشغول بالدين والخالي عن الدين على السواء ، وما كان موروثاً للصغير من جهة الأم إن كان خالياً عن الدين والوصية يبيع المنقول ، ولا يبيع العقار ؛ لأنه لا ولاية للوصي على الصغير ، وإنما له حفظ التركة على الميت لتوهم أن يظهر على الميت دين ، وبيع المنقول من جملة الحفظ ، أما بيع العقار فليس من جملة الحفظ .

وإن كانت التركة مشغولة بالدين أو بالوصية ، إن كان الدين مستغرقاً ، فله أن يبيع الكل ، ودخل بيع العقار تحت ولايته ؛ لأن بيع العقار طريق قضاء الدين ، وقضاء الدين دخل تحت ولايته ، فبيع العقار يدخل تحت ولايته أيضاً ، وإن لم يكن الدين مستغرقاً ، يبيع بقدر الدين ، وهل يبيع الزيادة على قدر الدين ، فعلى الاختلاف الذي مر قبل هذا ، وكل جواب عرفته في وصي الأم ، فهو الجواب في وصي الأخ والعم ؛ لأنه كما لا ولاية للأم على الصغير في المال ، فكذا لا ولاية للأخ والعم على الصغير في المال أيضاً .

وإن كانت الورثة كباراً كلهم، فإن كانوا حضوراً، أو كانت التركة خالية عن الدين، فوصي الأم لا يبيع شيئاً من تركتها، وإن كانت التركة مشغولة بالدين، والجواب في وصي الأم نظير الجواب في وصي الأب فيما فيه اتفاق، وفيما فيه اختلاف.

وإن كانت الورثة صغاراً وكباراً والكبار غيب، فإن كانت التركة خالية عن الدين، فوصي الأم يبيع المنقول من تركة الأم حصة الصغار والكبار جميعاً، ولا يبيع العقار من تركتها حصة الكبار والصغار في ذلك على السواء، وإن كانت التركة مشغولة بالدين، فالجواب في وصي الأم نظير الجواب في وصي الأب.

وإن كان الكبار حضوراً، والتركة خالية عن الدين، فإنه يبيع حصة الصغار من المنقول من تركتها، وهل يبيع حصة الكبار من المنقول؟ فمسألة على الاختلاف، ولا يبيع العقار أصلاً، وإن كانت التركة مشغولة بالوصية، أو بالدين إن كانت مستغرقة، فإنه يبيع العقار والمنقول جميعاً، وإن كانت التركة غير مستغرقة يبيع المنقول جميعاً، ويبيع العقار بقدر الدين إجماعاً، وفي ما زاد على قدر الدين اختلاف المشايخ رحمهم الله(١).

وإذا باع الوصي شيئاً من تركة الميت بالنسيئة، فإن كان ذلك ضرراً على اليتيم، بأن كان يخشى عليه الجحود والمنع عند حلول الأجل لا يجوز، وإن لم يكن ضرراً على اليتيم بأن كان لا يخشى عليه الجحود والمنع عند حلول الأجل يجوز، وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله: إذا استباع رجل شيئاً من مال اليتيم بألف درهم، والآخر بألف وعشرة والأول أملأ، ينبغي للوصي أن يبيعه من الأول الذي لا يخشى عليه المنع والجحود عند الطلب، وكذلك إذا كان لليتيم داراً أراد رجل أن يستأجرها كل شهر بثمانية، والآخر بعشرة، والذي يستأجر بثمانية أملأ، ينبغي أن يؤاجر منه، وعلى هذا متولي الأوقاف وصاحب الأوقاف.

٢٠٧٦٩- وفي الفتاوى: الوصي باع ضيعة اليتيم من مفلس يعلم أنه لا يقدر على أداء الثمن، ذكر في الفتاوى عن أبي القاسم رحمه الله: أن هذا البيع إن كان بيع رغبة، أجل القاضي المشتري ثلاثة أيام، فإن أمكنه أداء الثمن وإلا نقض البيع، ففي هذا الجواب إشارة إلى جواز هذا البيع، وإنه خلاف المذكور في سائر الكتب عن أصحابنا

(١) وفي الأصل: [illegible] المشايخ.

ولا يقدر الوصي على إنفاذ وصاياه، وقضاء ديونه بالسرعة إلا من ثمن الدار، والوارث لا يرضى ببيع جميع الدار، إن كان الدين يأتي على جميع الدار، أو على عامتها، بأن كان لا يبقى منه إلا شيء يسير، فله أن يبيعها، لا يسعه إلا ذلك إن علم أن الدين يبقى على الميت طويلاً لو لم يبع، وأهل الوصايا شركاء الوارث.

٢٠٧٧٥- وصي باع شيئاً من أموال اليتيم، ثم طلب منه بأكثر مما باع، ينظر في ذلك اثنان من أهل البصر والأمانة، فإن قالا: ذلك الذي باع الوصي قيمته لا تلتفت إلى زيادة من يزيد، وإن كان في المزايدة يشتري بأكثر، وفي السوق بأقل لا يجب على الوصي دفع ما باع بالمزايدة[1]، بل يرى ذلك أهل البصر والأمانة، فإن اجتمع على ذلك رجلا منهم اعتمد الوصي قولهما، وفي بعض المواضع يقول: إذا قال واحد من أهل البصر والأمانة: إن ذلك قيمته اعتمد الوصي على قوله، قيل: اشتراط المثنى قول محمد رحمه الله، والاكتفاء بالواحد قولهما كما في التزكية والترجمة.

٢٠٧٧٦- الوصي أو الأب إذا باع مال الصغير، ثم أقال البيع مع المشتري، صحت الإقالة؛ لأن الوصي نائب عنه في مطلق التجارة، والأب كذلك، والإقالة نوع تجارة، فيصح منهما على الصغير.

٢٠٧٧٧- وفي "النوازل": قال أبو نصر: سألت محمد بن سلمة عن وصي باع تركة الميت لإنفاذ الوصية، فجحد المشتري، فرفعه إلى الحاكم، وحلفه الحاكم فحلف والوصي يعلم كذبه، كيف يصنع؟ قال: يقول له القاضي: إن كنت صادقاً، فقد فسخت البيع بينكما، قلت: أيجوز الفسخ؟ قال: إن كان مثل هذا يجوز، قال الفقيه: إنما يحتاج إلى فسخ الحاكم؛ لأن الوصي لو عزم على ترك الخصومة، وجحد البيع، صار جحوده بمنزلة الإقالة بينهما، ويلزم المبيع الوصي، فإذا فسخ الحاكم لا يلزم الوصي، ولكن يرجع إلى ملك الميت.

٢٠٧٧٨- الوصي إذا أراد أن يقرض مال اليتيم من غيره، فليس له ذلك باتفاق الروايات، وإذا رهن متاع اليتيم بدين استدانه عليه، وقبضه المرتهن، ثم إن الوصي استعاره من المرتهن لحاجة اليتيم، فضاع في يد الوصي هلك من مال اليتيم، ودين

---

(١) وفي ظ: ما باع بالزيادة.

المرتهن على اليتيم بحاله، يطالب به الوصي، وإن كان الوصي قد غصب الرهن من المرتهن، واستعمله في حاجة الصغير[1]، فهلك في يده، ضمن الوصي قيمته لحق المرتهن لا لحق اليتيم، وإن استعمله بعد الغصب في حاجة نفسه، ضمن لحقهما حتى إن في فصل الأول إذا أدى دين المرتهن بما ضمن، رجع بذلك في مال اليتيم، وفي فصل الثاني، لا يرجع.

وإن غصب الوصي عبد الرجل، واستعمله في حاجة الصغير، فضمن قيمته للمغصوب منه، هل يرجع بذلك في مال اليتيم؟ لا رواية فيه عن أصحابنا رحمهم الله، قال مشايخنا رحمهم الله: وينبغي أن لا يرجع الوصي.

٢٠٧٧٩- إذا استأجر لليتيم أجيراً بأكثر من أجر مثل عمل الأجير بحيث لا يتغابن الناس فيه، ذكر القاضي الإمام ركن الدين علي السغدي في "شرح السير": أن الوصي يصير مستأجراً الأجير لنفسه، ويجب جميع الأجر في ماله، وذكر شيخ الإسلام في شرحه: أن الإجارة تقع للصغير، ولكن للأجير أجر مثل عمله إذا عمل، والفضل يرد على الصغير، وذكر شيخ الإسلام فصل الأب أيضاً، وجعل الجواب فيه نظير الجواب في الوصي.

٢٠٧٨٠- وإذا آجر الوصي الصبي في عمل من الأعمال، فهو جائز. وكذا إذا آجر عبداً لصغير، أو مالاً آخر للصغير، فهو جائز، فإن بلغ فله أن يفسخ الإجارة التي عقدها عليه، وليس له أن يفسخ الإجارة التي عقدها على ماله، والفرق وهو أن إجارة العبد تصرف في المال، فتنوب الأب[2] منابه فيه، وصار كأنه آجر بنفسه، وهو بالغ، فأما إجارة الصغير فلم يتمحض نفعا في حق الصغير؛ لأنه إتعاب بدنه. وكان ينبغي أن لا يملكها الوصي، وإنما يملكها من جهة التهذيب والرياضة، فللوصي ولاية التهذيب والرياضة، وولاية التهذيب قد انقطعت بالبلوغ.

٢٠٧٨١- وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله: إذا كان في الورثة صغار وكبار، فباع الوصي العروض بالدراهم أو بالدنانير والكبار غيب، ثم صرف

(١) وفي ظ: في حالة الصغير.

(٢) وفي م: الوصي.

الثمن إن كان دراهم بالدنانير أو دنانير بالدراهم لا يجوز ، قال: وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله ، وفي المسألة نوع إشكال ، ووجهه أن الثمن بدل عن المبيع ، وللبدل حكم المبدل ، فلما ملك الوصي حال غيبة الكبير هذا النوع من التصرف في المبدل لم لا يملك هذا النوع من التصرف في البدل حال غيبته أيضاً ، والجواب إنما ملك بيع العروض على الكبار بطريق التحصين ؛ لأن العروض مما يخشى عليه التلف ، وهذا المعنى لا يتأتى في المصارفة بالثمن .

٢٠٧٨٢- وللوصي أن يدفع مال الصغير مضاربة ، وأن يشارك به غيره ، وأن يبضعه ؛ لأن هذه التصرفات بأسرها نظر في حق الصغير .

٢٠٧٨٣- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله : رجل مات ، وله على رجل ألف درهم دين ، فطلب وصي الميت من الغريم رهناً بدينه ، فدفع إليه الغريم رهناً ، وقال : خذه حتى أدفع إليك المال إلى ثلاثة أيام ، فأخذه منه رهناً ، وقيمته ذلك ، فضاع في يده ، فلا ضمان على الوصي ؛ لأنه لم يل سبب وجوب الدين ، إنما ولي ذلك غيره ، وإنما قبضه الوصي منه على أن يكون ثبتاً فيه لصاحب الدين .

٢٠٧٨٤- وفي "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله : في وصي يتيم باع غلاماً لليتيم بألف درهم ، وقيمته ألف درهم على أن الوصي بالخيار ، فزادت[1] قيمة العبد في مدة الخيار ، فصارت ألفي درهم ، فليس للوصي أن ينفذ البيع ، قال : وهو قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله .

٢٠٧٨٥- وعن محمد رحمه الله أيضاً : في وصي باع عبد الصغير على أنه بالخيار ثلاثة أيام ، فبلغ الغلام في الثلاث ، ثم تم الثلاث ، جاز البيع ، قال : وهذا بمنزلة الوكيل بالبيع إذا باع على أنه بالخيار ثلاثة أيام ، فأمره الآمر أن لا يمضي البيع حتى يرى الآمر رأيه ، فليس للبائع أن يمضيه ، فإن مضت الثلاث جاز البيع ، وإن أجاز الوصي البيع في الثلاث ، أو مات ، لم يجز حتى يجيزه الغلام .

٢٠٧٨٦- ولو أن وصي يتيم باع عبداً لليتيم ، واشترط الخيار ثلاثاً ، ثم مات اليتيم وقت الخيار ، جاز البيع ، وكذلك الوالد ، على ، فقال : لأن العقد إنما وقع

---

(١) هكذا في ظ وف ، وكان في الأصل "إن زادت" ، وفي م "ما زادت" .

وأحسن من الأول، فأما إذا كان الثاني دون الأول في الملاءة لا يجوز؛ لأنه استبدال ذمة بذمة هي أدنى، فيعتبر بما لو استبدل ماله بمال هو أنقص، وإن كان الثاني مثل الأول في الملاءة قد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه وأشار في الكتاب إلى أنه لا يجوز، والفرق بين هذا وبين البيع، فإنه لو باع ماله من أجنبي بمثل قيمته يجوز.

٢٠٧٨٩ - وفي "المنتقى" إبراهيم عن محمد رحمهما الله: أنه إذا باع الوصي على الصغير داره بعبد على الصغير آخر وهو وصيه، قال: ذلك جائز، والله أعلم.

النوع الثالث في تصرف الوصي في مال اليتيم مع نفسه وفي تصرف اليتيم مع الوصي:

٢٠٧٩٠ - قال: وإذا باع الوصي مال اليتيم من نفسه، أو باع مال نفسه من اليتيم، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله: إذا كان فيه منفعة ظاهرة لليتيم يجوز، وإن لم يكن فيه منفعة ظاهرة لا يجوز، وعلى قول محمد رحمه الله وأظهر الروايات عن أبي يوسف رحمه الله: لا يجوز[1] على كل حال.

قال: وتكلم المشايخ رحمهم الله في تفسير المنفعة الظاهرة على قول أبي حنيفة رحمه الله، بعضهم قالوا: أن يبيع من الصبي من مال نفسه ما يساوي ألف درهم بثمانمائة، ويبيع من مال الصبي من نفسه ما يساوي ثمانمائة بألف درهم، وبعضهم قالوا: أن يبيع من مال نفسه ما يساوي ألفا بخمسمائة، ويبيع من مال الصغير من نفسه ما يساوي خمسمائة بألف.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[2]، نهى عن قربان ماله إلا على الوجه الأحسن، فإذا كان للصبي فيه منفعة ظاهرة، فهذا قربان على الوجه الأحسن، فيجوز، والمعنى وهو الفرق بين الوصي والوكيل وهو أن الوصي مختار الأب بعد وفاته وفي حالة العجز عن المراقبة بنفسه،

(١) هكذا في ظ، وكذا في غيرها: يجوز.

(٢) سورة الأنعام الآية: ١٥٢.

فالظاهر هو الاستقصاء في النظر، واختيار من هو أشفق الناس على الصغير، فنزل منزلة الأب، إلا أن شفقته على الصغير لا تكون نظير شفقة الأب من كل وجه، فيشترط في تصرفه المنفعة الظاهرة، ولم يشترط في تصرف الأب المنفعة الظاهرة، فأما الوكيل فمختار الأب حال حياته، وهو حال قدرته على المراقبة بنفسه، فالظاهر ترك الاستقصاء في النظر اعتمادًا على مراقبته ومراعاته، وتصرف الوكيل بنفسه، فلم يكن بمنزلة الأب فرد تصرف الوكيل مع نفسه إلى أصل القياس.

وقضية القياس أن لا يقوم الواحد في عقود المعاوضات من الطرفين؛ لما بين بعد هذا - إن شاء الله تعالى -، ولأن الوصي يشبه الأب من وجه، ويشبه الوكيل من وجه، أما يشبه الأب؛ لأنه عام التصرف كالأب، ولأنه يتصرف عن ولاية لا عن أمر؛ لأنه يتصرف بعد انقطاع الأمر، ولو كان يتصرف عن أمر لكان لا يثبت له حق التصرف بعد انقطاع الأمر كالوكيل، وأما يشبه الوكيل لأن ولايته تثبت من جهة غيره. ولو كان يشبه الأب من جميع الوجوه جاز عقده، وإن لم يكن للصغير فيه منفعة ظاهرة، ولو كان يشبه الوكيل من جميع الوجوه لكان لا يجوز عقده، وإن كان للصغير فيه منفعة ظاهرة.

فإذا كان يشبه الأب من وجه ويشبه الوكيل من وجه جعلنا له الحكم بين حكمين ومنزلة بين المنزلتين، فقلنا: إذا كان للصبي فيه منفعة ظاهرة يجوز للشبه بالأب، وإذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة للصبي لا يجوز للشبه بالوكيل.

ثم إذا جاز بيع الوصي من نفسه على قول أبي حنيفة رحمه الله هل يكتفي بقوله: بعت أو اشتريت كما في الأب، أو يحتاج إلى الشطرين؟ لم يذكر هذا الفصل ههنا، وذكر الناطفي رحمه الله في «واقعاته»: أنه يحتاج فيه إلى الشطرين بخلاف الأب، وذكر العزي لهذا وجهًا، فقال: ولاية الأب تثبت شرعًا بلا قبول، فكذا يجوز بيعه بلا قبول، وولاية الوصي ما ثبتت بنفسه بلا قبول، فكذا بيعه مفتقرًا إلى القبول.

٢٠٧٩٦- قال: وصي اليتيمين إذا باع مال أحدهما من الآخر لا يجوز، أما على قول محمد، وأظهر الروايات عن أبي يوسف رحمه الله فظاهر، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله، فلأن الوصي إنما يقوم

بالعقد من الطرفين باعتبار منفعة ظاهرة، وههنا لا يظهر النفع في حق أحدهما إلا بظهور الضرر في حق الآخر، وكذا لو أذن الوصي لهما بالتصرف، فباع أحدهما ماله من الآخر لا يجوز؛ لأنهما استفادا الولاية من جهة الوصي، والوصي لو فعل ذلك بنفسه لا يجوز، فكذا إذا فعل من استفاد من جهته.

٢٠٧٩٢ - قال: الصبي المأذون إذا باع مال نفسه من الوصي، فهو كبيع الوصي من نفسه، فقد اعتبر في تصرفه مع الوصي جهة النيابة عن الوصي كأن الوصي تولاه بنفسه، ولو باع الصبي المأذون له من الأجنبي بغبن فاحش يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، واعتبر أبو حنيفة رحمه الله في تصرفه مع الأجانب جهة المالكية والأصالة لا جهة النيابة، فإن الوصي لو باع ماله من الأجنبي بغبن فاحش، لا يجوز.

وهما اعتبرا جهة النيابة في تصرفه مع الأجانب أيضاً، حتى قالا: لو باع الصبي ماله من الأجنبي بغبن فاحش، لا يجوز، كما لو باع الوصي، فوجه قولهما: إن الصبي استفاد الولاية من الوصي، فيكون نائباً في نفس التصرف.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: بأن الصبي مالك للتصرف إلا أن في رأيه نوع نقصان، فاحتيج إلى ما يجبر ذلك النقصان، وذلك برأي الولي، فجعلناه أصلاً في أصل التصرف لكونه مالكاً للتصرف بانياً في وصف التصرف لثبوت صفة الكمال برأي الوصي، فاعتبرنا جهة الأصالة عاماً، واعتبرنا جهة النيابة في موضع التهمة، وفي تصرفه مع الوصي الموضع موضع التهمة، فيجب اعتبار جهة النيابة فيه.

٢٠٧٩٣ - وفي واقعات الناطفي رحمه الله: الوصي إذا أمره إنسان أن يشتري له شيئاً من اليتيم، واشتراه له، لا يجوز، بخلاف ما إذا اشترى لنفسه على قول أبي حنيفة رحمه الله، والفرق أنه إذا اشترى لنفسه، فحقوق العقد من جانب اليتيم راجعة إلى اليتيم، ومن جانبه إليه، فلا يؤدي إلى التضاد، وإذا اشترى لغيره، فحقوق العقد من جهة اليتيم راجعة إليه، وكذا من جانب الآمر، فيؤدي إلى التضاد.

٢٠٧٩٤ - والوصي إذا أخذ أرض اليتيم مزارعة، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، منهم من قال: يجوز مطلقاً كما لو دفعها إلى الغير، ومنهم من قال: إن كان البذر من اليتيم لا يجوز؛ لأنه من إتلاف بذره حالاً، وإن كان البذر من الوصي جاز؛

لأن الوصي يصير مستأجراً أرض اليتيم، فيكون ذلك بمنزلة استئجار الوصي الصغير، وذلك جائز عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لما نبين بعد هذا - إن شاء الله تعالى - وعامة المشايخ رحمهم الله على أنه لو كان أجر مثل الأرض ضمان النقصان خيراً لليتيم مما يصيبه من الخارج لم تجز المزارعة، وإن كان ما يصيبه من الخارج خيراً له، جازت المزارعة؛ لأن تمام النظر منصوص في هذا(١).

هذا مما ذكر في وصايا الأمالي عن أبي يوسف رحمه الله: أن وصي اليتيم إذا زرع بذر اليتيم في أرض اليتيم، وأشهد عند الزرع أنه أخذ البذر قرضاً عليه، وأنه استأجر الأرض لنفسه، فإن كان الأجر خيراً لليتيم، فإني أجعل الأجر لليتيم والزرع للوصي، وإن كان الزرع خيراً لليتيم، وكان الأجر أوكس من أجر مثل الأرض، فإني أجعل الزرع لليتيم.

ولو كان استقرض البذر من ميراث اليتيم ودفعه في أرض نفسه، فالزرع للوصي والقول قوله: إنه زرعه لنفسه، وكذلك إن زرع بذر نفسه في أرض اليتيم، فإن زرع بذر اليتيم في أرض اليتيم، وقال: زرعته لنفسي، فإن كان في ذلك ربح ظاهر لم يصدق.

ثم أصل هذه المسألة دليل على أن الوصي يملك الاستقراض من مال اليتيم، وذكر في المنتقى عن محمد رحمه الله مسألة تدل على أنه لا يملك ذلك، وصورتها: الوصي إذا استقرض شيئاً من مال اليتيم، وأشهد على ذلك أنه أخذه قرضاً، ثم ضاع، فلا ضمان على الوصي إلا أن يحركه، فحينئذ يجب الضمان، ولو كان يملك الاستقراض، لما وجب عليه الضمان وإن حركه.

وقال هشام في نوادره: سمعت محمداً رحمه الله يقول: ليس للوصي أن يستقرض شيئاً من مال اليتيم عند أبي حنيفة رحمه الله، وأما أنا فأرى أنه إن فعل ذلك، ورده وفاء، إنه لا بأس به. وفي شرح كتاب الرهن لشيخ الإسلام رحمه الله: أن الوصي لا يملك أن يستقرض مال اليتيم لنفسه، وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الرهن: أن فيه خلاف المشايخ رحمهم الله.

٣٠٧٩٥ - وفي المنتقى إبراهيم عن محمد رحمه الله: للوصي أن يأخذ مال

(١) هكذا في م وف، وكان في الأصل وب: للوصي.

اليتيم مضاربة، وإن أخذه على أن يكون له عشرة دراهم من الربح، فهذه مضاربة فاسدة، ولا أجر له؛ لأن هذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح عسى، ومثل هذا الشرط يوجب فساد المضاربة، وقوله: ولا أجر له مشكل؛ لأن المضاربة متى فسدت تنعقد إجارة فاسدة، والمنافع تتقوم بحكم العقد الفاسد، فينبغي أن يجب[1] له الأجر مع هذا، قال: لا يجب الأجر للوصي، والوجه فيه أن الأصل في المنافع عدم التقوم، فمتى أوجبنا الأجر، فقد أوجبنا ما هو متقوم في الأصل بمقابلة ما ليس بمتقوم في الأصل وإنه لا يجوز.

٢٠٧٩٦- الوصي إذا أجر نفسه من الصغير لم يجز، أما على قول محمد: فظاهر؛ لأن الوصي لا يملك بيع مال نفسه من الصغير مع أنه مقابلة العين بالعين، فلأن لا يملك إجارة نفسه منه وفيها مقابلة العين بالمنفعة أولى، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: فإنه إنما يملك بيع مال نفسه من الصغير إذا كان النفع فيه ظاهراً للصغير، ولا نفع ههنا للصغير، إنما النفع للوصي؛ لأنه جعل منافع نفسه متقومة بالعقد، فلو استأجر الصغير لنفسه ينبغي أن يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله إذا كان بأجرة لا يتغابن الناس في مثلها؛ لأنه جعل منافع الصغير متقومة بالعقد، وإذا زوج عبد الصغير أو ابنه الصغير، فقد ذكرنا في كتاب النكاح، وتملك التزوج بأمة الصغير؛ ذكره في نكاح الشامل.

ومما يتصل بهذا النوع:

٢٠٧٩٧- الوصي إذا رهن مال اليتيم بدين نفسه لا يجوز قياساً، ويجوز استحساناً، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجوز قياساً واستحساناً، وهذه المسألة بناء على أن الوصي إذا باع مال اليتيم بدين نفسه من رب الدين بمثل ما عليه من الثمن، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: يجوز، ويصير الثمن قصاصاً بدينه[2]، يصير هو ضامناً، وعلى قول أبي يوسف رحمه

---

(١) وفي ط: "يجري".

(٢) زيد من نسخة بغداد

الله - لا يجوز ، وأجمعوا على أنه لو أراد أن يوفي دين نفسه من مال الصغير ليس له ذلك ، وإذا صح الرهن بدين نفسه عندهما ، فهلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الوصي للصغير قيمة الرهن إذا كانت مثل الدين أو أقل ، أما إذا كانت القيمة أكثر فإنه يضمن بقدر الدين ، ولا يضمن الزيادة ؛ لأنه فيما زاد مودع مال الصغير ، وله هذه الولاية .

النوع الرابع
في مقاسمة الوصي

٢٠٧٩٨- قال محمد رحمه الله : وصي الأب يقاسم مال الصغير أي شيء ما كان منقولاً كان أو عقاراً بغبن يسير ولا يقاسم بغبن فاحش ، والأصل في جنس هذه المسائل أن من ملك بيع شيء ملك قسمته ؛ لأن في القسمة بيعاً وإفرازاً ، ومن ملك بيع شيء ملك إفرازه ، إذا ثبت هذا ، فنقول : الوصي يملك بيع مال الصغير أي شيء ما كان منقولاً أو عقاراً بغبن يسير ، ولا يملك بغبن فاحش ، فكذا القسمة .

٢٠٧٩٩- وإذا نصب القاضي وصياً ليقسم كل شيء ، فقاسم عليه في العقار والعروض جاز ؛ لأن وصي القاضي يملك بيع مال الصغير أي شيء ما كان ، فكذا يملك القسمة ، وهذا إذا جعله القاضي وصياً في كل شيء ، فأما إذا جعله وصياً في النفقة ، أو في حفظ شيء بعينه ، لم تجز قسمته ؛ لأنه لا يملك بيع ماله إذا فوض القاضي إليه أمراً خاصاً ، فكذا لا يملك القسمة ، وهذا بخلاف وصي الأب ، فإن الأب إذا أوصى إليه في نوع ، يصير وصياً في الأنواع كلها ، والقاضي إذا جعله وصياً في نوع ، لا يصير وصياً في الأنواع كلها ، وسيأتي بيان الفرق بين وصي الأب وبين وصي القاضي بعد هذا - إن شاء الله تعالى - .

٢٠٨٠٠- وإذا قاسم الوصي الموصى له بالثلث على الورثة وهم صغار ، فدفع إليه الثلث ، وأخذ الثلثين للورثة ، صح حتى لو هلك نصيب الورثة في يد الوصي ، لم يكن على الوصي الضمان ؛ لأن هذه قسمة جرت بين شخصين لهما ولاية القسمة ، أما الوصي له فظاهر ، وأما الوصي فلأن له ولاية على الصغار مطلقة ؛ لأنه قائم مقام أبيهم ،

ولاية قسمة على الكبار، صار كأن الكبار كانوا حضوراً، وقسموا التركة مع الموصى له، فتصح القسمة، ولا يكون للورثة على الموصى له سبيل، كأنهم فعلوا ذلك بأنفسهم.

فأما قسمة الوصي مع الورثة على الموصى له والورثة كبار حضور والموصى له غائب، فإنها باطلة، العقار والمنقول في ذلك على السواء؛ لأنه لا ولاية للوصي على الموصى له، ألا ترى أنه لا يجوز بيعه عليه، فكذا لا يجوز قسمته، وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله في هذه المسألة اختلافاً، فقال: على قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله: لا تجوز القسمة، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: تجوز.

فإن هلك حصة الموصى له في يد الوصي، وبقي نصيب الورثة، كان للموصى له أن يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة، وإن هلك حصة الورثة في أيديهم، وهلك حصة الموصى له في يد الوصي أيضاً، فما هلك في يد الوصي من حصة الموصى له، فالوصي لا يضمن ذلك، وما هلك في يد الورثة من حصة الموصى له، فهو بالخيار إن شاء ضمن الوصي ذلك وإن شاء ضمن الوارث.

جئنا إلى وصي الأم، فنقول: وصي الأم يقاسم لولدها الصغير منقولاً لأنها التي ورثها من الأم، إذا لم يكن للصغير أب ولا وصي أب، أما إذا كان له أحدهما لا يقسم هو؛ لأنه لا يملك بيع منقولاته في هذه الحالة، فكذا لا يملك قسمتها، ولا يملك قسمة عقاراته على كل حال، ولا يملك قسمة ما ورثه الصغير من غير الأم، العقار والمنقول في ذلك على السواء، وما عرفت من الجواب في وصي الأم، فهو الجواب في وصي الأخ والعم؛ لما ذكرنا قبل هذا.

٢٠٨٠٦- قال: ولو كان الوصي قسم بين الورثة، وعزل نصيب كل إنسان، فهذه خمسة أوجه. أن تكون الورثة صغاراً كلهم ليس فيهم كبير، وفي هذا الوجه لا تجوز قسمته أصلاً؛ لأن في القسمة معنى البيع، فيعتبر بحقيقة البيع. والوصي إذا باع مال أحد اليتيمين من الآخر، لا يجوز على كل حال بلا خلاف، فكذا إذا قاسم، وهذا بخلاف الأب إذا قسم مال أولاده الصغار وليس فيهم كبار، فإنه لا يجوز؛ لأن الأب لو باع مال بعض بنيه الصغار من البعض يجوز؛ لما تبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- فكذا إذا قاسم بينهم بخلاف الوصي.

قالوا : والحيلة للوصي في ذلك إذا كان الصغير اثنين أن يبيع الوصي حصة أحد الصغيرين مشاعاً من رجل، ثم يقاسم مع المشتري حصة الصغير الذي لم يبع نصيبه، ثم يشتري حصة الصغير الذي باع نصيبه حتى يمتاز حق أحدهما عن الآخر، وإنما جاز هذا من الوصي؛ لأن هذه قسمة جرت بين اثنين بين المشتري والوصي في نصيب الصغير، فيجوز كما لو اشترى مالاً للصغير.

وحيلة أخرى أن يبيع نصيبهما من رجل، ثم اشترى من المشتري حصة كل واحد منهما مفرزاً.

الثاني : أن يكون الورثة كباراً كلهم بعضهم حضور وبعضهم غيب فقاسم الحضور، وأفرز نصيبهم، فإن القسمة جائزة، ومراده أن كانت التركة عروضاً؛ لأن للوصي ولاية على الغيب في العروض، ألا ترى أنه يجوز بيعه عليهم، فكذا تجوز قسمته، وأما في العقار فليس يجوز قسمته عليهم كما لا يجوز بيعه عليهم.

الثالث : أن تكون الورثة صغاراً وكباراً والكبار غيب، فإنه لا يجوز قسمته، أما في العروض فلأن الكبار إذا كانوا غيباً، فللوصي ولاية القسمة على الكبار في العروض كما كان له ولاية البيع، وإذا كان له ولاية البيع على الكبار في العروض، صار كأن الكل صغار، ولو كان الكل صغاراً فقاسم لم يجز قسمته؛ لأنه تولى القسمة من الجانبين فكذا هذا، وأما في العقار فلأنه لا يلي بيع العقار على الكبار حال غيبتهم، فكذا لا يلي القسمة.

الرابع : إذا كانوا صغاراً وكباراً، فعزل نصيب الكبار وهم حضور، فدفعه إليهم، وعزل نصيب الصغار جملة، فلم يفرز نصيب كل واحد من الصغار، جاز؛ لأن القسمة لم تجر بين الصغيرين حتى يكون الوصي متولياً القسمة من الجانبين، فلا يجوز، وإنما جرت القسمة بين الكبار والصغار، فتكون هذه قسمة جرت بين اثنين فجازت، ألا ترى أنه لو اشترى الوصي من الكبار شيئاً للصغار جاز، فكذا هذا.

وفي "المنتقى" : رجل هلك، وترك ابنين أحدهما صغير، والآخر كبير، فأشهد الوصي أني قد قبضت جميع نصيب الصغير من تركة أبيه، وقاسمت الكبير، وقبضت

نصيب الصغير في يده قبل تولي(١) الوصي حتى لو كبر الصغير بعد ذلك، وأنكر بيانه الوصي لا يلتفت إلى إنكاره، ولو أراد أن يشارك الكبير فيما في يده من المال، ويدعي أنه من تركة الأب لا يكون له ذلك، فإن ثمة: ألا ترى أن رجلين كانت بينهما ألفا درهم وكل أحدهما رجلا أن يقاسم شريكه، ويأخذ له نصيبه، فقال الوكيل: قد قاسمته وقبضت الألف وضاعت في يدي، وأنكر الموكل أن يكون قاسمه وقبض شيئا، وأراد أن يشاركه شريكه فيما في يده، ليس له ذلك، والقول قول الوكيل.

الخامس: إذا عزل نصيب كل واحد من الصغار والكبار، وقسم بين الكل، فإن القسمة في الكل فاسدة؛ لأن القسمة فيما بين الصغار لما تولاها الوصي بنفسه، والوصي متى تولى القسمة بين الصغار من الجانبين لم تجز، والقسمة بين الكبار والصغار إن جرت بين اثنين فالقسمة فيما بين الصغار وجدت من الواحد، فلم تجز القسمة في حق الصغار، وإذا لم تجز في حق الصغار، لا تجوز في حق الكبار؛ لأن من حكم القسمة متى جازت أن يفرز حق بعض الشركاء عن حق البعض، ولم يوجد في هذه القسمة ذلك، وأما إذا دفع إلى الكبار نصيبهم وأمسك حصة الصغار جملة، ثم قسم حصة الصغار فيما بينهم، فإن القسمة بين الكبار والصغار صحيحة؛ لأنها جرت بين اثنين بين الكبير والوصي في نصيب الصغار، ولم تجر بين الصغار حتى يكون الوصي متوليا القسمة من الجانبين، فجازت القسمة الأولى، ثم القسمة الثانية بعد ذلك لم يصح؛ لأنها جرت بين الصغار كلهم، وكان الوصي متوليا القسمة من الجانبين فسدت القسمة الثانية، والقسمة الأولى صحيحة على حالها.

وإذا كان بعض الورثة صغارا، والبعض كبارا، وأحد الكبار وصي الصغار، وأرادوا القسمة، حكي عن الشيخ الإمام الزاهد أبي حفص الكبير رحمه الله: أن الوصي يقسم بين الكبار، ويفرز نصيبهم، ويفرز نصيب الصغار، ويجمع نصيبه مع نصيب الصغار، ثم يبيع نصيبه من أجنبي، ثم يقسم بين الأجنبي المشتري وبين الصغار، ثم يشتري نصيبه من الأجنبي المشتري، ليتحقق القسمة بين الكل من هذا الوجه.

٢٠٨٠٢ - وفي المنتقى: إبراهيم عن محمد رحمه الله: في وصي يتيمين قال:

---

(١) وفي م: توليه.

بعد ما كبرا: قد دفعت إليكما ألف درهم، فصدقه أحدهما، وكذبه الآخر، رجع المكذب على أخيه بمائتين وخمسين؛ وإن أنكرا لم يكن لهما على الوصي شيء؛ لأنه أمين، ولو قال: دفعت إليكما ألفا إلى كل واحد منكما خمسمائة، وصدقه أحدهما، وكذبه الآخر، رجع المنكر على الوصي بمائتين وخمسين؛ لأن قسمته لا تجوز عليهما وهما حاضران، ولو كانا غائبين جازت القسمة عليهما.

٢٠٨٠٣- وعنه أيضاً: وصي عنده ألفان ليتيمين أدركا، فدفع إلى أحدهما ألفا، والآخر حاضر، فضاع الألف الأخرى عند الوصي، وجحد القابض أن يكون قبض الألف، قال: يغرم الوصي خمسمائة بينهما؛ لأن قسمته لا تجوز على الحاضر، فلو كان غائبا، جاز قسمته عليه، ولو كان القابض مقرا، كان للآخر أن يأخذ منه خمسمائة، وإن شاء، ضمن الوصي، ثم يرجع عليه الوصي.

النوع الخامس في الألفاظ التي تقع بها الإيصاء وفي تأقيت الإيصاء وفي تفويض الخروج عنه إلى الوصي وفي بطلانه:

٢٠٨٠٤- في «فتاوى أبي الليث رحمه الله»: مريض قال لرجل: اقض ديوني بعد موتي صار وصياً في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن قضاء الديون من عمل الوصاية، والوصاية لا تتخصص؛ لما بين بعد هذا - إن شاء الله تعالى.

٢٠٨٠٥- إبراهيم عن محمد رحمه الله فيمن قال لغيره: أنت وصيي وهو صحيح، فهو وصيه بعد موته. في «فتاوى النسفي»: مريض قال لآخر: بيمار دار بين فرزند برايشي مركب مي، وبالعربية تعهده ما قسم بأمره[1]، أو ما يجري مجراها؛ كان إيصاء إليه؛ وسئل عن امرأة قالت لزوجها في مرض موته: إلى من تسلم أولادي قال: إليك وأسلمك إلى الله، قال: تصير المرأة وصية.

٢٠٨٠٦- رجل قال لآخر: لك أجر مائة درهم على أن تكون وصيي قال: تصير الإجارة باطلة، ولا شيء له، وقال ابن سلمة رحمه الله: الشرط باطل، والمائة وصية له

(١) هكذا من هـ، وكان في الأصل وم: تعهد أو قم بأمره، وفي ظ: تعهده وقم بأمره.

جائزة ، وهو وصي ، وهو اختيار الفقيه أبي جعفر رحمه الله.

٢٠٨٠٧ - وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله" : إذا قال لغيره : استأجرتك على أن تنفذ وصاياي بكذا ، فهذه ليست بإجارة ، بل هي وصية مقيدة بالعمل ، فإن عمل ، وأنفذ الوصايا استحق الوصية وما لا فلا ، وإذا قال : فلان وصيي إلى قدوم فلان ، ثم الوصاية إلى فلان كان الأول وصيًّا إلى وقت قدوم الثاني ، ثم الوصاية إلى فلان الثاني لا إلى الأول.

وعن أبي حنيفة رحمه الله : أن الأول هو الوصي وحده إلى قدوم الثاني ، فإذا قدم الثاني ، فهما جميعًا وصيّان ؛ لأن تعليق الإذن بالشرط جائز ، وتعليق الحجر به باطل كتعليق الوكالة بالشرط ، وتعليق العزل به إلا أن في ظاهر الرواية قال : بأن الموصي أثبت ولاية الوصي في مدة مقدرة ، فلا يبقى بعد تلك المدة.

٢٠٨٠٨ - وسئل الحسن بن أبي مطيع رحمه الله عمن أوصى إلى رجل ، وجعله وصيًّا متى شاء أن يخرج منها خرج قال : هو جائز ، وله أن يخرج منها متى شاء.

٢٠٨٠٩ - ولو كتب في كتاب الوصية : إن مت في سفري هذا ، أو من مرضي هذا فإن فلانًا وصيي ، ثم عاد من سفره ، أو برئ من مرضه ، بطل الإيصاء ، وإن لم يذكر هذا ، فهو وصي كيف ما كان ؛ لأن الأول مقيد ، والثاني مطلق ، إذا كتب إني أوصيت إلى فلان ، أو كتب جعلت فلانًا وصيًّا لأولادي ، ولم يقل : بلسانه شيئًا ، هل يصير ذلك الرجل وصيًّا؟ ينظر إن كان المكتوب على رسم الكتابة ، بأن كان مكتوبًا في الكتاب ، أما بعد : فإني أوصيت إلى فلان أن يكون في الوصية تامة مع أشياء أخر ، يكون وصيًّا ، أما إذا كان على قطعة قرطاس لا يكون كما في الطلاق ونحوه ، وإذا قال له : أنت وكيلي في جميع ما تركت بعد موتي ، جعلته وصيًّا له ؛ لأن الوكالة والإيصاء ينبئان عن معنى واحد.

النوع السادس

في بيان أن الإيصاء من قبل الأب لا يقبل التخصيص:

٢٠٨١٠ - قال محمد رحمه الله: وإذا أوصى إلى رجل في ماله، فهو وصية في ماله وولده جميعاً، وهذا مذهبنا، وقال الشافعي رحمه الله: هو وصية في ماله لا غير، ولقب المسألة أن وصي الأب في نوع هل يكون وصياً في الأنواع كلها. حجة الشافعي رحمه الله في ذلك أن الإيصاء توكيل بعد الموت، فيعتبر بالتوكيل حالة الحياة، ثم الوكيل حالة الحياة في نوع يختص بذلك النوع، فكذا التوكيل بعد الموت.

حجتنا في ذلك أن الوصي يشبه الوكيل من وجه، ويشبه الولي من وجه، أما يشبه الوكيل؛ لأنه يتصرف بحكم التفويض كالوكيل، ويشبه الولي من وجه؛ لأنه استفاد هذه الولاية بالموت، فكان كالجد الذي استفاد الولاية على حافده بموت ولده، فقلنا أنه بمنزلة الوكيل من وجه وبمنزلة الولي من وجه، والعمل بالأمرين في كل حكم متعذر؛ لما بين حكميهما من التنافي، فعملنا بكل واحد من الأمرين في بعض الأحكام، فمن حيث إنه بمنزلة الوكيل توقف الحكم على قبوله ورده كالوكالة حالة الحياة، ومن حيث إنه بمنزلة الولي، وولاية الولي غير متجزئة عمت ولايته عملاً بالشبهين بقدر الإمكان.

ولئن سلمنا أنها وكالة لكنه وجب القول بتعميمها ضرورة؛ لأنه متى أوصى إلى رجل في ماله، وسكت عن الأولاد، يحتاج إلى نصب وصي آخر في حق الأولاد، فكان إقامة هذا الوصي في حق الأولاد، وقد رضي به الميت أولى من إقامة وصي آخر لم يرضَ به الميت بخلاف الوكالة حالة الحياة، فإنه لا ضرورة فيها إلى التعميم؛ لأنا متى لم نعمها إما أن يتصرف الموكل بنفسه فيما لم يفوض إليه، أو يفوض إلى آخر، فيكون الثاني وكيل الموكل كالأول، وههنا الميت عاجز عن تسوية أسبابه، فكان إقامة مختار الميت أولى من إقامة غيره، فلا ضرورة، قلنا بتعميم الإيصاء استحساناً، وإن كان الإيصاء توكيلاً.

٢٠٨١١ - قال: وإذا أوصى بالمال العين إلى رجل، وأوصى بتقاضي الدين إلى رجل آخر، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: إن كل واحد من الوصيين يصير

وصياً في العين والدين جميعاً، وقال محمد رحمه الله: يصير كل واحد منهما وصياً فيما أوصى إليه خاصة، هذا إذا لم يقل على أن لا يد لأحدهما على الآخر فيما للآخر، فأما إذ قال: على أن لا يد لأحدهما على الآخر فيما للآخر، حكي عن القاضي أبي الهيثم رحمه الله: أنه كان يقول: هذا الفصل أيضاً على هذا الخلاف، وقد روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله: أن كل واحد منهما يصير وصياً فيما أوصى إليه خاصة، وكأن رواية الحسن لم تبلغ أبا الهيثم.

لمحمد رحمه الله أن الإيصاء توكيل من وجه وإثبات ولاية من وجه، فيوفر على الأمرين حظهما بقدر الإمكان، فنقول: من حيث إنها ولاية متى خص نوعاً، ولم يوص إلى آخر في نوع آخر يصير وصياً في الأنواع كلها، ويعتبر ولاية محضة في هذه الحالة، فتثبت غير متجزئة، ومن حيث إنها وكالة إذا أوصى إلى آخر في نوع آخر لا يصير وصياً في النوع الذي أوصى إلى آخر، ويعتبر وكالة محضة في هذه الحالة عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في المسألة وجهان: أحدهما: أن الوصاية وكالة من وجه ولاية من وجه، فيوفر على الأمرين حظهما، فنقول: من حيث إنها وكالة يتقف على قبوله ويرتد برده، ومن حيث إنها ولاية لا تقبل التجزئ والخصوص سواء، أوصى إلى آخر في نوع آخر، أو لم يوص عملاً بالشبهين بقدر الإمكان.

الثاني: إن سلمنا أن الوصاية وكالة محضة، لكنه مع هذا وجب القول بالتعميم للضرورة، ألا ترى أنه إذا أوصى إلى إنسان في نوع، وسكت عما ذلك، ولم يوص إلى غيره فيما عدا ذلك النوع يصير هذا الوصي وصياً في الأنواع كلها، وإنما يصير وصياً ثمة في الأنواع كلها للضرورة، وبيانه أنه لو لم يصر وصياً في الأنواع كلها يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر فيما لم يوص إلى هذا الوصي؛ لأن الميت عاجز عن إقامة وصي آخر بنفسه، وكان إقامة هذا وصياً فيما لم يوص إليه، وهو مختار الميت ومرتضيه في بعض أسبابه أولى، وفي مسألتنا إن لم يتحقق هذا النوع من الضرورة يتحقق نوع آخر، وبيانه أن العين قد تنقلب ديناً بأن يباع، أو يستهلكه إنسان، فمتى قصرنا الوصية على العين يحتاج إلى أن ينصب وصي آخر متى صار ديناً، وكذلك الدين

يصير عيناً بنفسه، فيحتاج إلى أن يأمر الآخر بالقبض، ونحن نعلم في كل ساعة أن يصير العين ديناً والدين عيناً.

فلو قصرنا وصاية كل واحد منهما على ما فوض إليه احتاجا إلى أن يجتمعا آناء الليل والنهار، وإنه متعذر، وفيه حرج، فيمكن فيه نوع ضرورة من الوجه الذي قلنا، فوجب القول في ذلك بالتعميم كما في المسألة المتقدمة المختلفة بيننا وبين الشافعي رحمه الله.

وإذا جعل أحدهما وصياً لبعض ولده، وجعل آخر وصياً لبعض ولده، فهو على هذا الخلاف بين محمد رحمه الله وصاحبيه. وذكر هلال رحمه الله في كتاب الوقف قول أبي يوسف مع محمد رحمهما الله.

٢٠٨٦٢ - وفي النوازل: وسئل أبو بكر رحمه الله عمن أوصى إلى رجل، فقال الرجل: إني أقبل وصايتك في بيع تركتك، ولا أقبل في قضاء ديونك، فأجابه الموصي إلى ذلك، قال: إن لم يجعل الموصي قضاء ديونه إلى غيره، فالوصي يكون في جميع أمور الميت.

النوع السابع

في الإيصاء إلى رجلين:

٢٠٨٦٣ - يجب أن يعلم بأن أحد الوصيين ينفرد ببعض التصرفات بالإجماع، وذلك تجهيز الميت وتكفينه ودفنه، وما يحتاج إليه دفنه، وشراء ما لا بد للصغير منه من الطعام والكسوة، ورد الودائع، ورد المغصوب والمشترى شراء فاسداً، وقضاء دين ثبت، والحوائج، وإذا كانت التركة من جنس الدين، وتنفيذ الوصية إذا كانت الوصية بشيء بعينه خارج من الثلث والخصومة، وجمع الأموال الضائعة، وبيع ما يخاف عليه التلف، وإعتاق عبد بعينه، وفيما عدا هذه الأشياء لا ينفرد أحدهما بالتصرف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، وذكر في الجامع الصغير فصل القاضي على هذا الخلاف أيضاً، قال مشايخنا رحمهم الله: القاضي إن عرف دليل محمد رحمه

إلا اقتضاء الدين واقتضاء الدين على الخلاف، وأما في عرفنا فالتقاضي هو المطالبة، وبه تمتنع الخصومة، فيكون على الوفاق.

والوصية بشيء من أبواب البر ذكر الخصاف رحمه الله: أنه على هذا الخلاف أيضاً، وذلك بأن أوصى بأن يتصدق بشيء للمساكين ولم يعين مسكيناً، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا ينفرد أحد الوصيين بتنفيذها، قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: كان مشايخنا رحمهم الله يقولون أن أحد الوصيين ينفرد بتنفيذ الوصية بشيء من أبواب البر بلا خلاف. وليس الأمر كما ظنوا بل المسألة على الخلاف كما ذكر الخصاف رحمه الله.

وكذلك في مسألة الخصاف إذا وكل رجلين بهبة عبد من أعيان ماله، ولم يعين الموهوب له لا ينفرد أحدهما بالهبة، وإن عين الموهوب له في هذه المسألة أو عين المتصدق(١) عليه في المسألة الأولى(٢) ينفرد أحدهما بذلك بالإجماع.

لأبي يوسف رحمه الله أن الوصي يشبه الوكيل من وجه، ويشبه الولي من وجه، فلشبهه بالوكيل يتوقف حكمهما على التعدد، ولشبهه بالولي كان لأحدهما أن ينفرد بالتصرف عملاً بالشبهين بقدر الإمكان.

ولهما أن الموصي رضي برأيهما، والراضي برأي المثنى لا يكون راضياً برأي الواحد، فيشترط اجتماعهما إلا فيما لا يمكن، وفيما لا يحتاج فيه إلى دفع الوصي، وفيما فيه ضرورة وفي الخصومة لا إمكان؛ لأن القاضي لا يمكنهما أن يتكلما معاً بين يديه؛ لأنه لا يفهم كلامهما، وفي قضاء الدين ورد الوديعة والمغصوب، وتنفيذ الوصية في شيء بعينه لا حاجة إلى دفع الوصي، فإن لصاحب الحق أخذه من غير دفع الوصي، وفي شراء الكفن والدفن ضرورة؛ لأنه لو انتظر حضور الآخر ربما يفسد الميت، وكذا في بيع ما يتسارع إليه الفساد ضرورة وكذا في شراء الطعام للصغير؛ لأنه لو انتظر حضور الآخر يموت الصبي جوعاً عسى، وفي إعتاق عبد بعينه لا حاجة إلى الرأي.

ولو مات أحد الوصيين قال محمد رحمه الله: ينبغي للقاضي أن يجعل مكان

(١) وفي م: المتصدق عليه.

(٢) وفي م: الثانية.

ثلث وقيل آخر، من مشايخنا رحمهم الله من قال: هذا على قولهما؛ لأن عندهما أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف في هذه الأشياء الخمسة، فعجز هو عن التصرف، فلا بد من وصي آخر، فأما على قول أبي يوسف رحمه الله: فأحد الوصيين ينفرد بجميع التصرفات، فلم يوجد عجز عن التصرف، فلا حاجة إلى نصب وصي آخر.

ومنهم من قال: لا، بل ما ذكر في الكتاب قول الكل، أما على قولهما: فظاهر، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله: فلأن في نصب وصي آخر يحصل مقصود الموصي؛ لأن مقصوده من نصبه اثنين(١) وصيين أن يكون كل واحد منهما مشرفًا على الآخر، حتى إذا هم أحدهما بخيانة يستحيي عن صاحبه، فيترك ذلك، وإن لم يترك، فالآخر يأخذه على يده، ويرفعه إلى القاضي، ويخبره بالقضية، وهذا المقصود يفوت لو لم ينصب القاضي وصيًا آخر، فينصب وصيًا آخر لهذا لا لإمكان التصرف.

ثم اختلف المشايخ رحمهم الله في محل الخلاف في المسألة المتقدمة، منهم من قال: الخلاف فيما إذا أوصى إلى كل واحد منهما على حدة، أما إذا أوصى إليهما جملة لا ينفرد أحدهما بالتصرف بالإجماع، ومنهم من قال: الخلاف فيما إذا أوصى إليهما جملة، فأما إذا أوصى إلى كل واحد منهما على حدة، فينفرد أحدهما بالتصرف بالإجماع، وحكي عن الفقيه أبي بكر الإسكاف رحمه الله: أن الخلاف في الكل واحد، وهو أقرب إلى الصواب؛ لأن أوان عمل الوصايا واحد.

ولو أوصى إليهما، وقال: جعلت كل واحد منكما وصيًا، أو قال: كل واحد منكما وصيي، ذكر محمد بن مقاتل وأبو القاسم: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالإجماع، وهو الصحيح.

٢٠٨١٤ - ولو أوصى إلى رجل في تركته، وتنفيذ وصاياه، وأشرف على هذا الوصي رجلًا، فظاهر المذهب عندهما أنهما يكونان وصيين، لا ينفرد أحدهما بالتصرف إلا في الأشياء المعدودة عند أبي حنيفة خلافًا لأبي يوسف رحمهما الله، وعن أبي يوسف رحمه الله في رواية أخرى: أن المشرف ينفرد بالتصرف، والوصي لا ينفرد، كتبت هذه المسألة في شرح كتاب الحيل.

---

(١) هكذا في ظ، وكذا في الأصل، الظاهر.

في الكل، كذا هنا، فأما هنا عقد موضوع للحفظ مع الولي، ألا ترى أن لكل واحد منهما أن يدفع نصيبه إلى الأجنبي، وإن لم يكن مختار الميت في الحفظ، فلأن يكون له الدفع إلى صاحبه وإنه مختار الميت.

فيأخذ الوصيين من المودعين أن لو فوض الأمر إليهما وحفظ لكل واحد منهما أن يدفع نصيبه إلى صاحبه، كذا هنا.

٢٠٨١٧ - وإذا كانا وصيين ليتامى، فقاسم أحدهما، لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، إلا أن يكونا حاضرين، وإن كان أحدهما غائبًا إلا أن قاسم بإذنه، وعند أبي يوسف رحمه الله: يجوز؛ لأن في القسمة معنى البيع، فيعتبر بالبيع، ولو باع أحد الوصيين شيئًا من مال الصغير، لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إلا أن يكونا حاضرين، أو كان أحدهما غائبًا، وفعل الحاضر بإذن الغائب، وعند أبي يوسف رحمه الله: يجوز كيف ما كان، فكذا القسمة.

٢٠٨١٨ - وإذا أوصت المرأة إلى ابنها وزوجها بوصايا من عتق وصدقة وغير ذلك، وتركت ضيعة وثيابًا وحليًا، وخلفت ابنين رضيعين، فقال الزوج: أنا أنفذ وصيتها من خالص مالي، ولا أبيع الثياب والحلي، إن أنفذ الزوج هذه الوصايا بإذن الوصي الآخر وهو الأب، فما كانت من صلات ووصايا يحتاج فيها إلى شراء شيء، وقد فعله على أن يرجع به في التركة كان ذلك دينًا في التركة، وإن فعل ذلك على أن لا يرجع لم يجز عن الوصية، وما احتيج إليه من الصدقة من غير شراء، فلا يجزي من الوصية بوجه من الوجوه.

فإن أحب الزوج أن يبقى هذه الأعيان للأولاد، وينفذ الوصية من نفسه يهب من الصغار مالًا، ثم يبيع الوصيان مقدار الوصية من رجل، ويشتري الأب للصغار ذلك منه بعد التسليم بمثل ذلك الثمن أو أكثر، ثم ينقد ذلك المال فيه إلى البائع، ويقبضه الوصيان من الثمن الضيعة، فينفذان فيه الوصية.

٢٠٨١٩ - وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": إذا أوصى إلى رجلين، فقبل أحدهما، وسكت الآخر، فقال الذي قبل للساكت بعد موت الموصي: اشتر للميت كذا، فاشترى، قال: هو قبول للوصاية. وفيه أيضًا: إذا أوصى لرجلين، وقال لهما:

ضعا ثلث مالي حيث شئتما، ثم مات أحد الوصيين، بطلت الوصية، ويرجع الثلث إلى ورثة الميت، ولو قال: قد جعلت ثلث مالي للمساكين، والمسألة بحالها، قال: يجعل القاضي وصيّ آخر، وإن شاء، يقول للباقي منهما: اقسم أنت وحدك، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: للآخر أن يتصدق وحده.

٢٠٨٢٠- وفيه أيضاً: سئل أبو القاسم عمن أوصى إلى رجلين، بأن يشتريا من ثلث ماله عبداً بكذا درهماً، ولأحد الوصيين عبد قيمته أكثر مما سماه الموصي، هل للوصي الآخر أن يشتري العبد بما نص الموصي؟ قال: إن فوض الموصي إلى كل واحد من الوصيين أن ينفرد في ذلك، فشراء من صاحبه جائز، وإن لم يفعل ذلك، باع صاحب العبد من أجنبي، وسلمه إليه، ثم يشتريان جميعاً للميت.

٢٠٨٢١- وفيه أيضاً: سئل أبو بكر رحمه الله عن من أوصى إلى رجل، وقال له: اعمل فيه برأي فلان، قال: هو وصي تام، وله أن يعمل بغير رأي فلان، ولو قال له: لا تعمل إلا برأي فلان، فالثاني هو الوصي، والأول وصي ناقص، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وبعضهم قالوا: كلاهما وصيان في الوجهين جميعاً، وقال بعضهم: الأول هو الوصي، وبه قال نصير، وقال أبو نصر رحمه الله: إن قال: اعمل فيه بأمر فلان، فهو الوصي خاصة، وإن قال: لا تعمل إلا بأمر فلان، فهما وصيان، وهو أشبه بقول أصحابنا رحمهم الله، فإنهم قالوا: فيمن وكل آخر ببيع عبده، وقال: بعه بالشهود، فباعه الوكيل بغير شهود، جاز، وكذلك لو قال: بعه بمحضر فلان، فباع بغير محضر من فلان، يجوز، أو قال له: لا تبعه إلا بالشهود أو إلا بمحضر من فلان، فباع بغير الشهود، أو بغير محضر من فلان لا يجوز، وعلى هذا إذا قال للوصي: اعمل بعلم فلان، أو قال: لا تعمل إلا بعلم فلان.

٢٠٨٢٢- وإذا أوصى إلى رجلين، وقال لهما: ضعا ثلث مالي حيث شئتما، أو قال: أعطياه من شئتما، ثم اختلفا في ذلك، فقال أحدهما: أعطيه فلاناً، وقال الآخر: أعطيه فلان آخر لم يكن لواحد منهما ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، وهذا لأن وضع المال تصرف يحتاج فيه إلى الرأي؛ لأن الثواب يتفاوت بتفاوت الفقير؛ لأن الفقراء يتفاوتون في الاستحقاق والصلاح، ومن مذهبهما

أن أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف فيما يحتاج فيه إلى الرأي إلا في أشياء معدودة على ما مر.

وهذا بخلاف ما لو قال لهما: أعطيا ثلث مالي فلانًا، فأعطاه أحدهما حيث يجوز؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي إذا كان المصروف إليه الثلث معينًا، فإن اتفقا بعد ذلك، ووضعا عند آخر جاز بخلاف ما إذا كان الوصي واحدًا، فوضعه عند بعض ورثته، ثم أراد أن يضع عند آخر لم يكن له ذلك؛ لأن تعيين الوصي إذا كان واحدًا أمكن أن يجعل كتعيين الميت، ولو أن الميت عين الوصية في بعض ورثته، لم يكن للوصي أن يضع عند غيره، هكذا إذا عينه الوصي، وأما إذا كان الوصي اثنين فلا يمكن أن يجعل تعيين أحدهما كتعيين الميت، فصار وجود التعيين من أحدهما والعدم بمنزلة، فكان لهما الوضع عند غيره -والله أعلم-.

النوع الثامن

في الوصيين من جهة الأبوين وفي تصرف الأبوين وتعميم وصي الأم:

٢٠٨٢٣- قال محمد رحمه الله في الزيادات: جارية بين رجلين جاءت بولد، فادعياه جميعًا حتى يثبت النسب منهما، وصارت الجارية أم ولد لهما على ما عرف، ثم إنهما أعتقا الجارية واكتسبت اكتسابًا، ثم ماتت، وأوصت إلى رجل، ولم تدع وارثًا غير ابنها هذا، وهو صغير لم يبلغ كان ولاية التصرف في مال الولد، وحفظه للوالدين لا لوصي الأم، أما ولاية التصرف فلأن وصي الأم قائم مقام الأم، وكان ولاية التصرف حال حياتها للأبوين لا للأم، فبعد وفاتها تكون الولاية للأبوين أيضًا لا لمن قام مقامها، وأما ولاية الحفظ فلأن المال محفوظ بولاية الأبوين تبعًا لولاية التصرف، فلا حاجة إلى إفراد ولاية الحفظ بالإثبات.

فإن غاب الوالدان الآن يظهر ولاية وصية الأم، فيثبت له ولاية الحفظ؛ لأنه مست الحاجة إليه، وللأم ولاية الحفظ على الصغير في ماله في هذه الحالة، فكذا لمن قام مقامها، ولكن إنما ثبت له الولاية فيما ورثه الصغير من الأم، وفيما كان للصغير قبل موت الأم لا في مال يحدث للصغير بعد ذلك، وهذا لأن وصي الأم استفاد الولاية من

جهة الأم، فيتقدر ولايته بقدر ما كان للأم، والذي كان للأم هذا القدر، وكما تثبت له ولاية الحفظ، تثبت له ولاية كل تصرف هو من باب الحفظ، نحو بيع المنقول وبيع ما يتسارع إليه الفساد.

وإن غاب أحد الأبوين، والآخر حاضر، فكذلك الجواب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن أحد الأبوين لا ينفرد بالتصرف(١) إلا في أشياء معدودة على ما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- فكان غيبة أحدهما كغيبتهما، فيثبت لوصي الأم ولاية الحفظ، وما كان من باب الحفظ.

وعند أبي يوسف رحمه الله، أحد الأبوين ينفرد بالتصرف؛ فكان حضرة أحدهما كحضرتهما، فتكون ولاية التصرف في مال الصغير وحفظه للوالد الحاضر لا للوصي من جهة الأم، وجه قول أبي يوسف رحمه الله: إن سبب الولاية النسب، وإنه يثبت من كل واحد منهما كاملاً، لأنه لا يتجزأ، ولهذا انفرد كل واحد منهما بالتزويج، ولهذا لو مات، يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، فقد تفرد كل واحد بسبب الولاية، فيتفرد بالولاية.

ولأبي حنيفة ومحمد رحمهم الله: أن الأب أحدهما على الحقيقة، والآخر أجنبي عن الحقيقة، ولهذا لو مات يرثانه ميراث أب واحد، فلو تفرد أحدهما بالتصرف ربما يكون المتصرف في مال الصغير غير الأب، وإنه لا يجوز، وكان قضية ما ذكرنا أن لا يتفرد كل واحد بالتزويج، لكن تركنا هذه القضية لضرورة؛ لأن الإنكاح لا يتجزأ؛ لأن محله لا يتجزأ، فإذا دل الدليل على ثبوته لهما، وإنه لا يتجزأ يثبت لكل واحد منهما كملاً ضرورة، هذه الضرورة معدومة في التصرف في المال؛ لأن التصرف فيه يتجزأ؛ لأن محله يتجزأ، فإذا دل الدليل على ثبوته لهما أثبتناه مشتركاً بينهما، وشرطنا اجتماعهما حتى لا يكون المتصرف في مال الصغير غير الأب.

وإنما ورث هذا الابن كل واحد منهما ميراث ابن كامل، وورثا منه ميراث أب واحد باعتبار أن الأب أحدهما على الحقيقة، ولكن مع أن الأب أحدهما على الحقيقة، وكل واحد منهما أقر أنه ابنه وأنه أبوه، وإقرار الإنسان على نفسه صحيح، ولنفسه

(١) وفي هـ: بالوصية.

باطل، ففيما يرجع إلى استحقاق الابن هذا إقرار على نفسه، فكان صحيحًا. فكان استحقاق الابن بحكم الإقرار، وقد أقر كل واحد منهما أنه ابنه، فكان له من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، فأما فيما يرجع إلى استحقاق الأب هذا إقرار لنفسه، فكان باطلًا، فكان استحقاق الأب بناء على الحقيقة لا بحكم الإقرار، وفي الحقيقة الأب واحد، فيثبت استحقاق ميراث أب واحد، وليس أحدهما أولى من الآخر، فيكون ذلك بينهما.

ولو مات أحد الوالدين بعد موت الأم، ولم يدع وارثًا غير هذا الصغير، وأوصى إلى رجل، والوالد الآخر حاضر، فالميراث كله للصغير، وولاية التصرف في التركتين للأب الثاني، لا لوصي الوالد الآخر الميت، ولا لوصي الأم؛ لأنا إنما أثبتنا أحكام الأبوة في حقهما لمكان المزاحمة، وقد زالت مزاحمة الميت، والحي يدعي الولد، فتقرر الأبوة عليه، والأب أولى بالولاية من غيره.

فرق بين هذا وبين ما أوصى إلى رجلين، ثم مات أحدهما، وأوصى إلى غيره، فإن وصي الميت يزاحم الوصي الحي في التصرف، والفرق أنه في مسألة الوصيين الإيصاء من الوصي الميت قد صح؛ لأن بالموت لا يتبين أنه لم يكن وصيًا، فصح الإيصاء، وقام الوصي مقام الميت، وقد كان للميت حال حياته أن يزاحم الوصي الآخر في التصرف، فكذا لمن أقام مقامه، وفي مسألتنا الإيصاء من الميت لم يصح؛ لأن بعد موت أحدهما يتعين الباقي أبًا، ويخرج الميت من أن يكون أبًا، فتبين أنه لم يكن للميت ولاية الإيصاء، فلا يثبت له من المزاحمة.

قال: ولا يضم القاضي إلى الوالد الباقي وصيًا ليتصرف معه، فرق بين هذا وبين الوصيين إذا مات أحدهما، فالثاني لا ينفرد بالتصرف عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله، بل يضم القاضي إليه وصيًا آخر ليتصرف هو معه، والفرق أن الأب يتصرف بمعنى في نفسه، فإن الأبوة علة مقيدة لولاية التصرف، لكن لم ينفرد أحدهما بالتصرف حال حياتهما؛ لأن أحدهما لم يتعين، وبعد موت أحدهما يتعين الباقي أبًا، فينفرد بالتصرف.

وأما الوصي فلا يتصرف لمعنى في نفسه، إنما يتصرف بحكم التفويض، والمفوض

لأنه رضي بالتصرف إلى المثنى، فقد رضي برأي المثنى، والراضي برأي المثنى لا يكون راضيًا برأي الواحد، فيضم القاضي إلى الحي وصيًا آخر ليكون التصرف مثنى طلبًا لرضى الموصي بقدر الإمكان.

وإن كان الوالد الباقي غائبًا، كان لوصي الأم حفظ ما تركته الأم، وما كان من باب الحفظ؛ لأن وصي الأم قائم مقام الأم وقد كان للأم حفظ مال الصغير حال غيبة الوالد، فكذا لمن قام مقامها، وكان لوصي الولد الميت حفظ ما ترك الوالد الميت، وما كان من باب الحفظ؛ لأن حكم الأبوة إن بطل بالموت، فولاية الحفظ لم تبطل، وهذا لأن بالموت إن تبين أن الميت لم يكن أبًا لا يتبين أن الصغير لم يكن في عياله، فلا يتبين أنه لم يكن له ولاية الحفظ، فصح الإيصاء في حق الحفظ إن لم يصح في حق ولاية التصرف، وقام الوصي مقام الميت في حق الحفظ، ولا يتعدى حفظ كل وصي إلى التركة الأخرى؛ لأن تعديه إلى التركة الأخرى باعتبار الولاية على الصغير، وليس لواحد من الوصيين ولاية مطلقة على الصغير.

وإن مات الوالد الباقي بعد ذلك، وأوصى إلى رجل، فوصيه يكون أولى بمال الصغير من وصي الأب الذي مات أولاً، ومن وصي الأم؛ لأن الوصي قائم مقام الموصي، والوالد الباقي حال حياته كان أولى بمال الصغير، فكذا وصيه بعد وفاته، فإن كان للأب الذي مات أولاً أبا جد هذا الغلام، وباقي المسألة بحالها: فوصي الأب الذي مات آخرًا أولى بالتصرف في مال الصغير، وكذلك لو كان للأب الذي مات آخرًا أب جد هذا الغلام، كان وصيه أولى من أبيه.

وإنما كان وصي الأب الذي مات آخرًا أولى من أبيه؛ لأن الوصي قائم مقام الموصي، وقد كان الأب الذي مات آخرًا حال حياته أولى من أبيه(١) فكذا من قام مقامه، وإذا كان أولى من أب الميت الذي مات آخرًا مع أنه استقرت أبوته بالموت، فلأن يكون أولى من أب الميت الذي مات أولاً، وقد بطلت أبوته بالموت كان أولى.

وإن مات وصي الأب الذي مات آخرًا، وأوصى إلى غيره، وباقي المسألة بحالها، فوصيه أولى من سواه؛ لأنه قائم مقام الموصي، وقد كان للموصي حال حياته

---

(١) وفي م: ابنه.

أولى، فكذا وصيه بعد الموت.

وإن مات وصي الأب الذي مات آخراً، ولم يوص إلى أحد، وكان الأب الذي مات آخراً لم يوص إلى أحد، وقد ترك الأب الذي مات أولاً أباً جد هذا الغلام ووصياً، فإن الأب الذي مات أولاً أولى من وصيه.

وفي هذا الفصل نوع إشكال وهو أن الذي مات أولاً أبوه إن بطلت أبوته وولايته بالموت، أو لم تبطل، إن بطلت تبطل الجدودة كما تبطل الوصاية، فكيف يمكن إثبات الولاية للجد، وإن لم تبطل كما لا تبطل الجدودة لا تبطل الوصاية، وإذا لم تبطل الوصاية، فقد اجتمع وصي الأب مع جد الغلام، فتكون الولاية للوصي.

والجواب أن نقول: أبوه الذي مات أولاً بطلت في حق الوصاية، أما لم تبطل في حق الجدودة، بيانه: وهو أن السبب السابق كما أثبت الأبوة للأبوين أثبت الجدودة لأبويهما ثبوتاً واحداً، وكانت ولاية الجد بسبب سابق قائم به وهو القرابة، لا بتفويض الأب، فلا تبطل ببطلان ولاية الأب، لكن لم تظهر ولاية الجد حال قيام الأب أو وصيه، فإذا ماتا ظهر ولايته، أما ولاية الوصي بسبب تفويض الأب لا بسبب قائم به، وإذا بطلت ولاية الأب، بطلت ولاية وصيه ضرورة.

وإن مات الوالدان أحدهما قبل الآخر، ولكل واحد منهما أب، وأوصى كل واحد منهما إلى رجل، إن لم يعرف الذي مات أولاً من الذي مات آخراً، فولاية التصرف في المال للوصيين جملة؛ لأنه لما لم يعرف الذي مات أولاً من الذي مات آخراً، يجعل كأنهما ماتا معاً، ولو ماتا معاً كانت ولاية التصرف في المال للوصيين؛ لأنه لم يظهر بطلان ولاية أبوة أحدهما لما ماتا معاً، فالإيصاء من كل واحد منهما حصل، وله ولاية الإيصاء، فصح، ونزل الوصيان بعد موت الأبوين منزلة الأبوين حال حياتهما، وإن عرف الذي مات أولاً من الذي مات آخراً، فولاية التصرف في المال لوصي الذي مات آخراً؛ لأنه وصي أب استقرت أبوته، والآخر وصي أب بطلت أبوته على ما ذكرنا.

وإن مات هذا الوصي، ولم يوص إلى أحد، ومات الذي عرف موته آخراً، ولم يوص إلى أحد، وباقي المسألة بحالها، فولاية التصرف في المال للجدين لا ينفرد أحدهما

نه بمنزلة الأبوين في الابتداء بخلاف الوصيين، فإن وصي الأب الذي مات أولا لا يزاحم وصي الأب الذي مات آخرا في التصرف.

والفرق أن الوصي نائب عن الموصي استفاد الولاية من جهته، وبموت الذي مات أولا بطلت ولايته، فلم يصح الإيصاء منه، فلم يصر مزاحمًا للوصي الذي مات آخرا، فأما الجد أصل وليس بنائب، والولاية تثبت له بسبب القرابة أصالة لا بطريق الانتقال والتفويض، وولاية الجدين ثابتة بالحال بصفة واحدة، فاستويا في سبب الولاية، فزاحم كل واحد منهما صاحبه.

النوع التاسع

في الوصي يوصي إلى غيره

٢٠٨٣٤ - الوصي إذا حضره الموت، فله أن يوصي إلى غيره مع أن الموصي لم يوص إليه بالإيصاء نصًّا؛ لأن الأب فوض إليه دلالة، فإنه لما اعتمد عليه، وأمره بالتصرف في حال لا يقدر هو على شيء مع علمه أن الوصي قد يعجز عنه بأسباب، كان ذلك إذنا له منه بإقامة غيره مقام نفسه عند عجزه عن التصرف بنفسه، وكذلك إذا وكل غيره في حال حياته بشيء من أمور الصغير صح توكيله، كتبته في وكالة هذا الكتاب وفي شرح الحيل أيضًا: أن الوصي يملك التوكيل.

٢٠٨٣٥ - وإذا أوصى الوصي إلى رجل في تركة نفسه، صح، وصار وصيًا في تركة موصيه أيضًا، وكذلك إذا أوصى إلى رجل في تركة موصيه، صار وصيًا في تركة نفسه أيضًا عندنا، فالوصي في نوع وصي في الأنواع كلها عندنا، وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: أنه إذا قال: جعلتك وصيًا في تركتي، فهو وصي في تركته خاصة، هكذا ذكر الإمام نجم الدين النسفي رحمه الله في كتاب الخصائل.

النوع العاشر

في بيان من يجوز الإيصاء إليه ومن لا يجوز:

٣٠٨٢٦ - قال: إذا أوصى إلى عبده أو إلى عبد غيره، فهو على ثلاثة أوجه: إما أن تكون الورثة كبارًا كلهم، أو كانوا كبارًا وصغارًا، أو كانوا صغارًا كلهم، فإن كانوا كبارًا كلهم، أو كانوا صغارًا وكبارًا، فالوصية باطلة. هكذا ذكر محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" وفي "الأصل"، وأراد بقوله: إنها باطلة، وإنها ستبطل حتى لو تصرف قبل الإبطال في التركة بيعًا، أو ما أشبهه، ينفذ تصرفه، وتكون العهدة على الورثة، وهذا لما ذكرنا أن الوصي يشبه الوكيل من وجه، ويشبه الولي من وجه، فمن حيث إنه وكيل جوز الإيصاء إلى العبد، ومن حيث إنه بمنزلة الولي والعبد لا يصلح ولي غيره بحال لم يجعلها لازمة، وأثبتنا للقاضي إخراجه من الوصاية توفيرًا على الأمرين حظهما، وهذا كالوصية بالمال لما كان يشبه الهبة من وجه، ويشبه الميراث من وجه وفرنا على الأمرين حظهما، فقلنا: من حيث إنها هبة ما دام القبول منه موهومًا لا يملك الموصى له كالموهوب له، ومن حيث إنه بمنزلة الميراث إذا وقع اليأس عن القبول بأن مات صار الموصى به ملكًا له في آخر جزء من أجزاء حياته حتى يورث منه توفيرًا على الأمرين حظهما، كذا ههنا.

وإن كانت الورثة صغارًا كلهم، فإن أوصى إلى عبد غيره، فالوصية باطلة، وإن أوصى إلى عبد نفسه، فالوصية جائزة في قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: إنها باطلة على التفسير الذي قلنا، وقول محمد رحمه الله مضطرب، ذكره في بعض الروايات مع أبي حنيفة رحمه الله، وفي بعضها مع أبي يوسف رحمه الله، وأجمعوا على أنه لو أوصى إلى مكاتبه، أو إلى مكاتب غيره، إنه يجوز.

فأبو يوسف رحمه الله قاس الإيصاء إلى عبده على الإيصاء إلى عبد غيره، وقاس الإيصاء إلى عبده والورثة صغار على الإيصاء إلى عبده والورثة كبار، أو بعضهم كبار، والمعنى أن الوصي بمنزلة الوكيل من وجه والولي من وجه، فيجب العمل بالدليلين، فنقول: لكونه وكيلا يصح الإيصاء إلى العبد ومن حيث إنه بمنزلة الولي، والعبد لا يلي

غيره، ولا يمنع لازمه، ولا يلزم المكاتب؛ لأن الوصي وكيل من وجه وولي من وجه، فإن نظرنا إلى الوكالة، فالمكاتب يصلح وكيلاً من وجه، ووليًا من وجه، وإن نظرنا إلى الولاية، فالمكاتب يصلح وليًا؛ لأنه يلي غيره بحكم الأبوة، فإنه يلي على ولده المولود في الكتابة، والولد المشترى بخلاف العبد.

وأما أبو حنيفة رحمه الله: فقد ذهب إلى أن الإيصاء توكيل من وجه وولاية من وجه على ما بينا، فكان الإيصاء ناقصًا في نقل الولاية؛ لأنها بين الوكالة والولاية، وإذا كان ناقصًا في إثبات الولاية لم يشترط لثبوت هذه الولاية ما يشترط للولاية المطلقة من الحرية، وإنما شرط لثبوت هذه الولاية الناقصة كون الوصي قادرًا على إقامة التصرف الذي فوض إليه، هذا كما قالوا: إن الوصية بالمال هبة من وجه إرث من وجه، فكان ناقصًا في معنى الإرث، فلم يشترط لصحته ما يشترط لحق الإرث حتى جوزوا وصية المسلم للذمي بالمال، وإن كان الذمي لا يرث من المسلم؛ لأنه ليس بإرث مطلق، بل ناقص في معنى الإرث، فكذا الإيصاء وكالة وولاية، فكان ناقصًا في معنى الولاية، فلا يشترط لثبوتها ما يشترط لثبوت الولاية المطلقة، بل يشترط لثبوتها كون الوصي قادرًا على إقامة ما فوض إليه بعد موته

ألا ترى أن جوزنا الإيصاء إلى المكاتب، وإن لم يكن المكاتب من أهل الولاية على الحر بحال؛ لأنه يقدر على إقامة ما فوض إليه من التصرف بعد موته، وإن كان يتوهم العجز في الثاني بأن يعجز، فكذا. وعبده متى كان الورثة صغارًا كلهم قادر على إقامة ما فوض إليه من التصرف للحال؛ لأنه ليس لأحد أن يمنعه من التصرف للحال، وإنما يتوهم العجز في الثاني، بأن تبلغ الورثة، ولكن هذا لا يمنع جواز الإيصاء ولزومه؛ كما لو أوصى إلى مكاتبه، أو إلى مكاتب غيره، وليس كعبد غيره أو عبده، وفي الورثة كبار؛ لأنه عاجز عن إقامة ما فوض إليه من التصرف للحال، ونحن نشترط لصحة الإيصاء، ولزومه كون الوصي قادرًا على إقامة ما فوض إليه للحال.

فإن قيل: إذا أذن له المولى كان يجب أن يلزم.

قلنا: الإذن من المولى إعارة للعبد، والإعارة غير لازمة، فكان له أن يرجع، وقد خرج الجواب عما قال: إنها وكالة وولاية، قلنا: نعم ولاية ووكالة، فكان ناقصًا في

معنى الولاية ، فيكفي لصحتها ولزومها كون الوصي قادراً على إقامة ما فوض إليه من التصرف .

٢٠٨٢٧ - وإذا أوصى مسلم إلى ذمي ، فالوصية باطلة يريد ستبطل ؛ فإنه لو تصرف في تركة الميت تصرفاً قبل أن يخرجه القاضي من الوصاية ، ينفذ تصرفه ، وهذا لما ذكرنا أن الإيصاء توكيل من وجه إثبات ولاية من وجه من الوجه الذي بينا ، فباعتبار الوكالة إن صحت ؛ لأن الذمي يصح توكيل المسلم كما في حالة الحياة ، فباعتبار الولاية لا يصح ؛ لأنه لا ولاية للذمي على المسلم بحال من الأحوال ، فمن حيث إنها وكالة صحت ، وصار وصياً ، ومن حيث إنها ولاية لا تلزم ، وكان للقاضي إخراجه من الوصاية ، وإن لم يظهر منه خيانة توفيراً على الأمرين حظهما بقدر الإمكان .

٢٠٨٢٨ - وهذا بخلاف لو أوصى إلى عبد نفسه ، والورثة صغار كلهم ، فإن الوصية جائزة لازمة في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وإن لم يكن العبد من أهل الولاية على غيره بحال ، وذلك لما ذكرنا أن الإيصاء ناقص في إثبات الولاية ، فيراعى لصحتها ولزومها كون الوصي ، قادراً على إقامة ما فوض إليه من التصرف ، وأميناً لا يخاف منه على مال الميت ، ومسلماً لا يخاف منه إيقاع الورثة فيما لا يحل من العقود الفاسدة ، وقد وجد في عبد نفسه إذا كان عدلاً مسلماً ، والورثة صغار كلهم هذه الأسباب ، فإنه قادر على إقامة ما فوض إليه من التصرف ، وأمين لا يخاف منه على مال الميت إذا كان عدلاً ، ومسلم لا يخاف منه إيقاع الورثة في الحرام ؛ لأنه لا يباشر من العقود ما هو محرم في الشريعة إذا كان مسلماً ، وإذا كان كذلك التحق العبد بالحر المسلم .

فأما الذمي فإن كان قادراً على إقامة ما فوض إليه من التصرف ، فإنه لا يمنعه أحد من التصرف في تركة الميت ، ولا يخاف منه على المال إذا كان عدلاً في دينه إلا أنه يخاف منه إيقاع الورثة في الحرام ، فإن الذمي يستبيح عقوداً هي محرمة في الشريعة ، وكان توهم إيقاع الورثة في الحرام موجوداً ، فكان للقاضي إخراجه عن الوصاية ، ولهذا كره علماؤنا رحمهم الله توكيل المسلم الذمي في البيع والشراء ؛ لأنه يوقعه في الحرام عسى .

٢٠٨٢٩ - وإذا أوصى مسلم إلى حربي مستأمن أو غير مستأمن ، فهي باطلة ، معناه ستبطل ؛ لأنه لو أوصى المسلم إلى الذمي ، فإن للقاضي أن يبطلها ، ويخرجه من

واحد منهما يصلح وكيلا ووليّا ، وكذلك إذا أوصى إلى محدود في قذف ؛ لما قلنا ، وإنما لا تقبل شهادته بعد التوبة لا لفسقه ، ولكن حدًا على القذف .

٢٠٨٣١ - وإذا أوصى إلى فاسق يخاف على ماله ، فالوصية باطلة ، وإن كان الفاسق يصلح أن يكون وكيلا ووليًا : لأنه يخاف منه على المال ، وهذا عذر مطلق ، فللقاضي إخراجه عن الوصاية ، ولأن في إبقائه على الإيصاء ائتمان الخائن ، وقد قال عليه السلام : «إن من أشراط الساعة أن يخون الأمين ويؤتمن الخائن»(١)

٢٠٨٣٢ - وإذا أوصى إلى صبي ، فالقاضي يخرجه عن الوصية ، ويجعل مكانه بالغًا ، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في الكتاب ، وإنما يخرجه عن الوصاية ؛ لأنه لا يهتدي إلى التصرف ، وهل ينفذ تصرفه قبل أن يخرجه القاضي من الوصاية كما ينفذ تصرف العبد والذمي؟ فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه ، منهم من قال : ينفذ ؛ لأن الإيصاء إنابة مناب نفسه في التصرف ، وإنابة الصبي في التصرف صحيح ، ألا ترى أنه لو وكله صح ، والدليل عليه أنه قال في الكتاب : أخرجه القاضي من الوصاية ، والإخراج للداخل يكون ، وإذا دخل نفذ تصرفه ، وهو الصحيح .

ومنهم من قال : لا ينفذ وهو الصحيح ؛ لأن هذا توكيل وولاية ، والصبي إن كان يصلح وكيلا لا يصلح وليّا ؛ لأن هذا التصرف لا ينفك عن إلزام العهدة ، ولا يمكن إلزام العهدة على الميت ، ولا على الصبي ؛ لأنهما ليسا من أهل لزوم العهدة عليهما ، وبدون العهدة لا يمكن تنفيذ هذا التصرف بخلاف حالة الحياة ؛ لأنه يمكن إلزام العهدة على الموكل ، وبخلاف العبد والذمي ؛ لأنهما من أهل لزوم العهدة عليهما .

قال : ولو لم يخرج العبد والصبي والذمي القاضي من الوصية حتى عتق العبد ، بلغ الصبي ، وأسلم الذمي ، فالعبد والذمي بقيا وصيين ، ولا يخرجهما القاضي من الوصاية ؛ لأن المانع من التقرير هو الكفر والرق ، وقد زال ذلك ، فلا يكون له حق العزل ، وأما في حق الصبي فقد اختلفوا فيه : قال أبو حنيفة رحمه الله : لا يكون وصيًا ،

(١) أخرجه أحمد في مسنده ٣٩٩/١ (٣٨٧٢) والحاكم في المستدرك ٥٥٨/٤ (٨٦٦٦) والبزار أيضًا في مسنده ٤١٠/٩ (٤٢٣٥) ومعمر بن راشد في جامعه ٣٠٥/١١ ، والطبراني في الكبير ٢٢٩/١٠ (١٠٥٥٥) وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٣٢٣/٧ .

بجباية دار اليتيم، وكان بحيث لو امتنع، ازدادت المؤنة، فدفع من التركة جباية داره، فلا ضمان عليه، وكان كالمصانعة، وهذا لأن الجباية في هذا الزمان التحقت بالخروج.
ولو دفع الوصي خراج أرض اليتيم من ماله لا يضمن، فكذا الجباية.

٢٠٨٣٦- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله" سئل أبو القاسم عمن أوصى إلى امرأته، وترك ورثة صغاراً، فنزل سلطان جائر في داره، فقيل لهذه المرأة: إن لم تعطه شيئًا استولى على العقار، فأعطته شيئًا من المال، قال: مصانعتها جائزة ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾[1]، وفيه أيضًا: وصي مرّ بمال اليتيم على سلطان جائر، وهو يخاف إن لم يبره ينزعه من يده قبره من مال اليتيم، فلا ضمان عليه، وكذا المضارب.

قال الفقيه أبو بكر الإسكاف رحمه الله: ليس هذا قول علمائنا رحمهم الله، إنما هذا قول ابن سلمة رحمه الله، وهو استحسان.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه جوز للأوصياء المصانعة في أموال اليتامى، وإن كان ابن سلمة أخذ ذلك من رواية أبي يوسف رحمه الله، وكثير من المشايخ أخذوا بهذا القول، ونص الكتاب يشهد له، فإن الله تعالى يقول خبراً عن العبد الصالح: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا﴾[2] الآية، فقد جوز إحداث العيب في مال اليتيم مخافة أخذ المتغلب منه، وبهذا يفتى.

٢٠٨٣٧- وسئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله عمن مات وخلف ابنين وعصبة، فطلب السلطان التركة، فغرم الوصي السلطان دراهم حتى ترك السلطان التعرض، كان ما أعطي من نصيب العصبة خاصة، أو من جميع الميراث قال: إن لم يقدر الوصي على تحصين التركة إلا بما غرم، فذلك محسوب من جميع المال، وهذا إشارة إلى أنه لا ضمان على الوصي في فصل المصانعة.

٢٠٨٣٨- وسئل نصير رحمه الله عن وصي أخذه سلطان غالب أو متغلب على كورة، وسأله بعض مال اليتيم، وهدده، ودفع إليه، قال: لا ينبغي له أن يعطي، وإذا

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٢٠.

(٢) سورة الكهف: الآية ٧٩.

بالمعروف﴾[1]، وهذا استحسان بقدر ما يسعى في ماله، والقياس أنه لا يجوز لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا﴾[2]، من غير تفصيل، ولعل الآية الأولى صارت منسوخة بهذه الآية.

٢٠٨٤٣- سئل ابن مقاتل عن وصي أنفق مال اليتيم في حاجة نفسه قال: لا يبرأ برده على اليتيم، ولا بقبضه من مال نفسه إلا أن يشتري لليتيم ما يجوز له شراءه، ثم يقول للشهود: كان لليتيم علي كذا وكذا، فأنا أشتري هذا له، فيصير قصاصاً، ويبرأ عن الدين، وكذلك هذا الحكم فيما إذا استهلك الوصي مال اليتيم، وقال بعض المشايخ: لا يبرأ حتى يأتي الحاكم، فيخبره بالقصة، فيضمنه، ويأخذ الضمان منه، فحينئذ يبرأ إلا أن يتعذر عليه الرجوع إلى الحاكم، بأن لا يجد القاضي، أو يخاف ظلمه، فحينئذ يشتري بمال نفسه شيئاً لليتيم.

٢٠٨٤٤- وفي "الواقعات": وصي أخذ مال يتيم من حجره وأنفقه، ثم وضع له مثل ما أنفق لا يبرأ إلا أن يكبر، فيدفع إليه، وذكر في "النوازل" عن نصير رحمه الله: أنه يشتري للصغير شيئاً، ويعطي ثمنه من مال نفسه، فيبرأ -إن شاء الله تعالى-.

النوع الثالث عشر في الوصي يقول: أنفقت على اليتيم من ماله كذا وكذا وما يتصل به من أداء الخراج وغير ذلك وما يصدق فيه وما لا يصدق

٢٠٨٤٥- قال محمد رحمه الله: إذا قال الوصي لليتيم: أنفقت مالك عليك في كذا وكذا سنة، فإنه يصدق في نفقة مثله في تلك المدة؛ لأنه أقر بما كان مفوضاً إليه؛ لأن نفقة مثله أمر لا بد منه لما أنه لا يعيش إلا به، وكان مفوضاً إليه، فهو أمين، وقول الأمين مقبول فيما لم يكذبه الظاهر، ولا يصدق في الفضل على نفقة مثله؛ لأن ذلك ليس بمفوض إليه، والظاهر يكذبه، فلم يقبل قوله، ثم نفقة المثل ما تكون بين الإسراف وبين التقتير، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ

---

(١) سورة النساء، الآية٦.

(٢) سورة النساء، الآية١٠.

قواما﴾[1].

وكذلك لو قال الوصي: ترك أبوك رقيقًا، فأنفقت عليهم من مالك كذا وكذا، ثم إنهم ماتوا أو أبقوا، وتلك النفقة نفقة المثل والصغير يكذبه، ويقول: إن أبي ما ترك رقيقًا، فالقول قول الوصي؛ لأنه أقر بما هو مفوض إليه، وهو الإنفاق على رقيقه نفقة مثلهم لما فيه من إصلاح ملكه، والظاهر لا يكذبه؛ إذ الإنسان كما يترك عروضًا قد يترك رقيقًا.

وكذلك لو قال الوصي: لم يترك أبوك رقيقًا، ولكن أنا اشتريت لك رقيقًا بمالك، وأديت ثمنهم من مالك، وأنفقت عليهم من مالك أيضًا، فهو مصدق في ذلك كله؛ لأنه أقر بما هو مفوض إليه، فكان مصدقًا فيه، ومتى جعلنا القول قوله فيما ذكرنا يحلف؛ لأن الأمين يحلف لمكان التهمة، هذا جواب الكتاب إلا أن مشايخنا رحمهم الله كانوا يقولون: لا يستحسن أن يحلف الوصي إذا لم تظهر منه خيانة؛ لأن ذلك يصير سببًا لنفرة الناس عن قبول الوصايا.

٢٠٨٤٦ - وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله: إذا ادعى الوصي أن والد الصغير ترك كذا وكذا من الحيوان، فأنفق عليهم كذا وكذا، ثم ماتوا، فإن كان مثل ذلك الميت يكون له مثل ما سمى من الرقيق، فالقول قوله، وإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله، ولا يكون لمثله مثل ذلك العدد لم أصدقه.

٢٠٨٤٧ - وإن ادعى الوصي أنه أعطى اليتيم في شهر مائة درهم، وإنه فرضها وإنه ضيعها، فأعطاها مائة أخرى في ذلك الشهر، قال: أصدقه ما لم يجيء من ذلك بشيء فاحش يعني يقول: أعطيته[2] مرارًا كثيرة فضيعها.

٢٠٨٤٨ - عبد في يدي رجل يدعيه أنه له، فقال الوصي لليتيم: إني اشتريت هذا الغلام من هذا الرجل بألف درهم من مالك وقبضته، ودفعت الثمن إليه، وأنفقت عليه من مالك كذا وكذا في مدة كذا، قال: ثم إن هذا الرجل غلب علي، فأخذه مني، وكذبه اليتيم، والذي في يده العبد: فإنه يصدق الوصي في حق براءته عن الضمان، أما

(١) سورة الفرقان، الآية ٦٧.

(٢) هكذا في الأصل، وكان في ب: أعطيه، وفي م: أعطيته.

لا يصدق في حق صاحب اليد من غير بينة حتى لا يؤخذ العبد منه؛ لأنه في حق ذي اليد إما مدع أو متهم، والحكم لا يتم بالدعوى، ولا بشهادة الفرد، أما في حق نفسه منكر للضمان؛ فيقبل قوله في ذلك مع يمينه، وهو نظير الوكيل بالشراء إذا كان الثمن منقودًا إليه، وقال: اشتريته، ونقدت الثمن، ثم هلك عندي، فإنه يقبل قوله. ولو قال: اشتريت هذا العبد الذي في يد هذا الرجل وقبضته، ونقدت الثمن، ثم غصبه مني هذا الذي هو في يديه، فإنه يقبل قوله في حق براءة نفسه، ولا يصدق على ذي اليد، كذا هنا.

١٠٨٤٩ - ولو كان الوارث ترك عبدًا، فقال الوصي بعد بلوغ اليتيم: إن عبدك هذا أبق، فجاء به رجل من مسيرة سفر فرده علي، فأعطيته أربعين درهمًا، فالقول قول الوصي مع يمينه، ولا يضمن شيئًا، وهذا قول أبي يوسف رحمه الله، وعلى قول محمد لا يقبل قوله، ويضمن الجعل إلا أن يأتي ببينة على ما ادعاه.

وجه قول محمد رحمه الله: أن الوصي أقر بما لم يفوض إليه، فلا يقبل قوله كما لو قال الوصي: إن عبدك قد جنى، فدفعت من مالك كذا، وأنا فديته، وذلك لأن التفويض إليه، ذلك أداء مال وجب بسبب فعل باشره غيره، وههنا الوصي أضاف وجوب الذي أقر به إلى سبب باشره الراد، وهو الرد لا إلى فعل نفسه، وذلك غير مفوض إليه، فلا يقبل قوله، ألا ترى أن في حال الصغر لو أحضر الوصي رجلًا إلى القاضي، وقال: إن هذا رد هذا العبد الذي هو لهذا اليتيم عندي، وقد رده من مسيرة سفر، وعندي مال اليتيم، فأعطيه الجعل، فإن القاضي لا يأمر إلا ببينة، فكذلك بعد البلوغ.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله: إن الجعل بمعنى العوض؛ لأن الآبق مال معنى، وإن يجيء بالرد، فصار الجعل الواجب[1] بالرد كأنه عوضه، ولهذا يجب على المكاتب والمأذون له، ولما كان بمعنى العوض كان كثمن المبيع، فيصدق فيه.

فأما ما ذكر من المسألة فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: هي على هذا الاختلاف أيضًا، فعلى قول هذا القائل لا حاجة لأبي يوسف رحمه الله إلى الفرق، ومنهم من

(١) في ظ: [illegible].

والوصي لو أقام البينة على ما ادعى، يصدق في المواضع أجمع، كذا هنا، وهو نظير المستأجر مع رب الرحى إذا اختلفا في انقطاع الماء في المدة يحكم الحال، كذا هنا.

وأبو يوسف رحمه الله يقول: بأن الخراج بمنزلة البدل عن الغلة، ولهذا قال محمد رحمه الله في كتاب العشر والخراج من "المبسوط": إن الغلة إذا أدركت كان للسلطان أن يحبسها حتى يستوفي الخراج من صاحب الأرض؛ لأنه استفاد الغلة من جهة السلطان، حيث دفع العدو عن أرضه خارج المصر، حتى سلمت له غلة أرضه. وإذا كان الخراج بمنزلة البدل من الغلة، فالوصي بإقراره بأداء الخراج من ماله أقر، أنه أعطى شيئاً من مال الصغير، وأخذ بإزائه بدلاً يعدله وهو الغلة، وكان الخراج من هذا الوجه بمنزلة ثمن الشراء، فيكون الوصي مصدق القول فيه.

٢٠٨٥١ - ولو قال الوصي لليتيم: إنك استهلكت على هذا الرجل في صغرك كذا وكذا فقضيته[1] عنك، وكذبه اليتيم في ذلك كله، فالقول قول اليتيم، والوصي ضامن عند الكل؛ لأنه أقر بأنه أعطى من مال الصغير شيئاً من غير عوض يعدله، وهذا ليس بمفوض إليه، ولا هو من جنس ما فوض إليه، فلا يقبل قوله إلا بحجة، وكذلك لو قال الوصي: إن القاضي فرض لأخيك الأعمى هذا عليك في مالك كل شهر كذا، وأديته إليه من مالك منذ عشر سنين، وقال الوارث: لم يفرض أحد من القضاة على شيء مما قلت، فالقول قول الوارث، والوصي ضامن في قولهم جميعاً؛ لأنه أقر بإعطاء شيء من مال الصغير من غير أن يستفيد بمقابلته شيئاً، فلم يكن مفوضاً إليه، ولا من جنس المفوض إليه.

٢٠٨٥٢ - ولو قال الوصي لليتيم: إن عبدك هذا قد أبق إلى الشام، فاستأجرت رجلاً، فجاء به من الشام بثلاثة دراهم، فأعطيت الأجر، وأنكر اليتيم ذلك، فالقول قول الوصي في قولهم جميعاً، أما عند أبي يوسف رحمه الله، فلأنه لو لم يقر بالاستئجار، وقال: دفعت جعل الراد كان مصدقاً مع أن وجوب ذلك، لم يكن متعلقاً بأمر الوصي، فإذا أقر هنا بالاستئجار لأن يصدق، ووجوب الأجر كان بفعل باشر الوصي للصبي كان أولى، وأما عند محمد رحمه الله: فلأن الأجر إنما يجب بفعل الوصي وهو

(١) هكذا في م وب، وفي م: قضيته عنك، وكان في الأصل: فقبضه.

الاستئجار، ولهذا كان الرجوع على الوصي؛ لأنه هو العاقد، وما يجب بسبب فعل وجد من الوصي للصبي كان الوصي مصدقاً في ذلك كثمن المبيع ونحوه بخلاف الجعل، فإنه إنما يجب بسبب لم يباشره الوصي، وفي مثل هذا لا يكون مصدقاً.

ولو قال الوصي في هذا كله: إنما أديت ذلك من مالي لأرجع به عليك، وكذبه اليتيم، فإن الوصي لا يصدق في قولهم جميعاً إلا ببينة؛ لأن قول الأمين إنما يقبل في دفع الضمان عن نفسه، لا في حق استحقاق الضمان، ففيما تقدم حاجة الوصي إلى دفع الضمان، فيقبل قوله، وهنا حاجته إلى استحقاق الدين على الورثة، فلا يقبل قوله إلا ببينة، وهو نظير الوكيل بالشراء إذا قال: اشتريته وقبضته، فهلك عندي إن كان الثمن مدفوعاً إليه يقبل قوله، وإن كان غير مدفوع إليه لا يقبل؛ لأن في الوجه الأول حاجته إلى دفع الضمان عن نفسه، وفي الوجه الثاني حاجته إلى استحقاق الضمان، فكذا فيما تقدم.

وما يتصل بهذا النوع.

٢٠٨٥٣- ذكر ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف رحمه الله: إذا أنفق الوصي على اليتيم من مال نفسه، ومال اليتيم غائب، فهو متطوع إلا أن يشهد أنه قرض عليه، أو أنه يرجع في ماله، فحينئذ له أن يرجع، وفي واقعات الناطفي رحمه الله: الوصي إذا اشترى للصغير كسوة، أو ما ينفق عليه لا يكون متطوعاً من غير فصل.

٢٠٨٥٤- إذا اشترى الوصي كفن الميت، ونقد الثمن من مال نفسه، كان له أن يرجع بذلك في مال الميت؛ لأن الوصي وكيل الميت بالشراء، فيعتبر بوكيل الحي بالشراء، ووكيل الحي بالشراء إذا اشترى لموكله، ونقد الثمن من مال نفسه، كان له أن يرجع بما نقد على موكله، فكذا هذا.

وكذا لو قضى دين الميت من مال نفسه، رجع بما قضى في مال الميت؛ لأنه وكيل الميت بقضاء الدين، فيعتبر بوكيل الحي، ووكيل الحي بقضاء الدين إذا قضى الدين من مال نفسه رجع بما قضى على الموكل، كذا ههنا

٢٠٨٥٥- وفي فتاوى الفضلي: رجل مات عن امرأة وأولاد صغار وأوصى إلى امرأته، واحتاج الصغار إلى النفقة ولهم ضياع وعقار في القسمة، فأنفقت على الصغار لترجع في مالهم بعد القسمة، إن أشهدت عند الإنفاق أنها إنما تنفق لترجع رجعت، وإلا فلا؛ لأن العادة من ضعفة الوالدين أنهم يتصدقون وينفقون على أولادهم للبر والصلة، والمسألة مذكورة في الواقعات، قضى مهرًا عن ابنه الصغير أنه لا يرجع إذا لم يشهد.

٢٠٨٥٦- وفي الكبرى: أن المرأة إذا اشترت لولدها الصغير وأدت الثمن من مال نفسها لم ترجع في مال ابنها إذا لم تشهد عند أداء الثمن، ثم ترجع، ويفرق بين الوالدة وبين الوصي، فكذا يفرق بين الوالدة إذا كانت هي الوصية، وبين أن تكون الوصية غيرها من النساء.

٢٠٨٥٧- وصي أنفق مال اليتيم على اليتيم في تعليم القرآن والأدب، فإن كان الصبي يصلح لذلك جاز، والوصي مأجور في ذلك، وإن كان الصبي لا يصلح لذلك لا بد من أن يتكلف له شيئًا مما يقرأ به في صلاته، وينبغي للوصي أن لا يضيق في النفقة على الصبي، بل يوسع عليه لا على وجه الإسراف، وذلك يتفاوت بقلة مال الصبي وكثرته، فينظر إلى ماله، وينفق عليه بحسب ماله؛ لأن تمام النظر للصبي فيه.

٢٠٨٥٨- وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله: الوصي إذا أنفذ الوصية من مال نفسه، قيل: إن كان وارثًا يرجع، وإلا فلا، وقيل: إن كانت الوصية للعباد يرجع؛ لأن لهم مطالبة، وإن كانت الوصية لله تعالى لا يرجع، وقيل: يرجع على كل حال، وهو قول ابن سلمة، وبه نفتي.

النوع الرابع عشر

في الوصي يبيع شيئًا من التركة ثم يستحق المبيع من يد المشتري وما يلزمه من الغرامة بسبب عمل عمله للميت

٢٠٨٥٩- قال محمد رحمه الله: إذا أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على

ضامن ؛ وروى أيضاً هشام عن محمد رحمه الله : في رجل مات ، وعليه ألف درهم ، ولم يترك إلا عبداً ، فباعه الوصي بدون أمر القاضي ، وقبض ثمنه ، فضاع عنده ، ثم استحق العبد ، ورجع المشتري على الوصي ، فالوصي لا يرجع على الغريم بشيء إلا أن يكون الغريم قال للوصي : بعه واقضني ، فإن قال ذلك ، يرجع الوصي على الغريم .

٢٠٨٦٢- وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله : إذا ترك الميت عبداً لا مال له غيره وعليه ديون ، فباع الوصي العبد بأمر الغرماء بأن قضوا ديونهم واستعدوا على الوصي ، وقضى الثمن في ديونهم ، ثم استحق العبد من يد المشتري ، رجع المشتري على الوصي ، والوصي على الغرماء ، وكذلك لو كان الغرماء استعدوا على الوصي وخاصموه إلى القاضي في ديونهم ، فأمره القاضي ، فباع العبد لهم في ديونهم ودفع الثمن إليهم بأمر القاضي ، ثم استحق العبد من يد المشتري رجع المشتري على الوصي والوصي على الغرماء ، وجعل بيع الوصي للغرماء كبيع الغرماء بأنفسهم .

٢٠٨٦٣- وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله : رجل مات وعليه ديون ، فباع وصيه رقيقه للغرماء ، وقبض الثمن ، فضاع عنده ، ومات بعض الرقيق في يد الوصي قبل أن يسلم إلى المشتري ، فإن المشتري يرجع بالثمن على الوصي والوصي يرجع على الغرماء ، أمروه بالبيع أو لم يأمروه ؛ لأنه باع لهم ، فرق بين هذا وبينما إذا استحق العبد من يد المشتري ، وقد ضاع الثمن في يد الوصي ، ورجع المشتري بالثمن على الوصي ، فالوصي لا يرجع على الغرماء إلا إذا أمروه بالبيع

ولو كان الغرماء قالوا للوصي : بع رقيق فلان الميت ، فباع واستحق العبد من يد المشتري ، وقد ضاع الثمن في يد الوصي ، فالوصي لا يرجع بالثمن على الغرماء ، ولو كانوا قالوا : بع عبد فلان هذا ، رجع بالثمن عليهم ؛ لأنهم غروه ، إلا أن يكون الثمن أكثر من دينهم ، فلا يرجع عليهم بأكثر من دينهم ، ولو لم يكن على الميت دين ، ولكن الوصي باع الرقيق للورثة الكبار ، فهم في جميع هذه الوجوه بمنزلة الغرماء ، وإن كانوا صغاراً ، لم يرجع في الاستحقاق عليهم أمروه بالبيع ، أو لم يأمروه ؛ لأن أمر الصغير وجوده وعدمه بمنزلة بخلاف أمر الكبير .

قد ادعى الوصي ديناً للميت على رجل ، فقال المدعى عليه : قد قضيت الميت

وبنى غيب، فقضى القاضي بالمال على المدعى عليه، وأمره بالدفع إلى الوصي، فدفعه إليه، فقضى الوصي من ذلك ديون الميت، وأنفذ منه وصاياه من حج، وعتق نسمة، ودفع الباقي إلى الورثة، ثم أقام الغريم بينة أنه قضى الميت دينه، فإن كان الوصي بعد ما أثبت وصايته، أمضى هذه الأشياء بغير أمر القاضي، رجع المدعى عليه بالمال كله على الوصي، ورجع الوصي على الغريم، وعلى صاحب الحج، والوارث بما دفع إليهم، ولا يرجع على المعتق؛ لأن العتق وقع عن الوصي، وإن كان قد أمضى هذه الأشياء بأمر القاضي، ثم يرجع المدعى عليه على الوصي بما أنفق في الحج، ولا بالدين الذي قضاه عن الميت، ويرجع عليه بما نقده في ثمن المعتق، علل، فقال: لأنه لم يعتقه بعد ما اشتراه كان الشراء له يعني للوصي، فيقع العتق عن الوصي، فيضمن ما اشتراه به، ومعنى هذا التعليل أن بعد إقامة المدعى عليه البينة على ما ادعى، تبين أن الوصي ما اشترى العبد للميت إنما اشتراه لنفسه، ونقد في ثمنه مال الصغير، فيضمن ذلك له والله تعالى أعلم-.

النوع الخامس عشر

في الوصي يجد العيب فيما قد اشتراه الميت حال حياته:

٢٠٨٦٤- قال محمد رحمه الله في "الجامع الكبير": رجل اشترى عبداً بألف درهم، وقبض العبد، ولم ينقد الثمن حتى مات، وأوصى إلى إنسان، وعلى الميت سوى الثمن ألف درهم أخرى دين، ولا مال له سوى هذا العبد، فوجد الوصي بالعبد عيباً، فرده بغير قضاء، فإنه جائز، وليس للغريم نقضه؛ لأن حق الغريم في مالية العبد، وبالرد بالعيب لا يفوت شيء من ماليته، ولأن الرد بالعيب بغير قضاء بيع جديد في حق الثالث، فصار في حق الغريم كأن الوصي باع هذا العبد من رجل آخر، وذلك جائز، فههنا كذلك، ويرجع الوصي على البائع، فيأخذ منه نصف الثمن، ويعطيه إلى الغريم الآخر؛ لأن هذا الرد من الوصي اعتبر بيعاً جديداً في حق الغريم، ولما كان هكذا وجب على المردود عليه بالعيب الثمن للميت، وله على الميت مثل ذلك، فيلتقيان قصاصاً، والدينان إذا تقاصا، صار آخرهما قصاصاً لأولهما، ولما كان هكذا، صار

الوصي مؤثرًا بعض الغرماء، وإنه لا يجوز، فيرجع عليه بنصف الثمن، ويصرفه إلى الغريم تحقيقًا للتسوية بين الغرماء، وإن توى الثمن على البائع، فلا ضمان على الوصي للغريم؛ لأن هذا الرد لما اعتبر بيعًا جديدًا في حق الغريم، صار كأن الوصي باعه من رجل، وتوي الثمن عليه، وهناك لا يضمن، فكذا ههنا.

فرق بين هذا وبينما إذا باع الوصي هذا العبد من رجل آخر بألف درهم، وقبض ثمنه، ودفعه إلى البائع حيث يضمن للغريم الآخر، والفرق أنه لما باعه من غيره، وقبض ثمنه تعلق حق كل واحد من الغريمين به، فهو بالدفع إلى أحدهما يصير متلفًا على الآخر حقه، والحق في إيجاب الضمان ملحق بالحقيقة، فكان له أن يضمنه، أما ههنا الوصي لم يقبض شيئًا إنما باشر الرد بالعيب، وإنه بيع جديد في حق الغريم، وله ولاية البيع، فلم يوجد سبب الضمان، فلا يضمن.

قال مشايخنا رحمهم الله: وهذا هو الحيلة للوصي إذا أراد أن يقضي دين غريم الميت، ويخاف ظهور دين آخر على الميت أن يبيع شيئًا من مال الميت من غريم بما للغريم على الميت من المال، فلا يضمن إذا ظهر دين آخر، فلو أن الوصي حين أراد الرد بالعيب، لم يقبله البائع حتى خاصمه الوصي إلى القاضي، فإن كان القاضي يعلم بدين الغريم الآخر، لا يرد العبد بالعيب، بل يبيعه، ويقسم ثمنه بينهما؛ لأن فيه إبطال حق الغريم الآخر؛ لأن الرد بالعيب بقضاء فسخ من كل وجه، فيبطل البيع، ويعود إلى الأصل، فيسقط الثمن، ولا يصل إلى الغريم شيء.

ولا يضمن البائع نقصان العيب، لا قبل بيع القاضي ولا بعده، أما بعد بيعه: فلأن بيعه حصل للميت، فكأن الميت حي، وباع بنفسه، وأما قبل بيع القاضي فلأن امتناع الرد لمعنى من جهة المشتري، وهو اكتسابه بسبب وجوب الدين للغريم الآخر، وامتناع الرد لمعنى من جهة المشتري لا يثبت حق الرجوع بنقصان العيب، وإن لم يعلم القاضي بدين غريم آخر رده على البائع، وسقط الثمن عن البائع لانفساخ البيع من كل وجه.

فإن أقام الغريم الآخر بعد ذلك بينة على دينه خير القاضي البائع بين أن يمضي الرد، ويضمن للغريم الآخر نصف الثمن وبين أن ينقض الرد، ويرد العبد حتى يباع في

دينهما؛ لأنه لما ظهر دين الغريم الآخر تعذر تصحيح هذا الرد من القاضي بطريق "الفسخ"؛ لما فيه من إبطال حق الغريم الآخر، فصححناه عقداً جديداً في حق الغريم الآخر كيلا يبطل هذا الرد، وأمكن تصحيحه بيعاً جديداً لوجود معنى البيع فيه، وهو التمليك والتملك إلا أن البائع كان مجبراً على القبول، وكان في معنى المكره على البيع، والمكره على الشراء يجبر.

النوع السادس عشر

في مسائل الديون:

هذا النوع يشتمل على ستة أقسام.

الأول: في قضاء الوصي ديون الميت.

٢٠٨٦٥ - قال: وإذا وجب على الميت دين بقضاء القاضي، فقضى الوصي ذلك، ثم لحق الميت بعد ذلك دين آخر، بأن كان حفر بئراً في حياته، ثم وقع فيها دابة حتى صار ذلك ديناً على الميت، أو كان باع الميت شيئاً في حال حياته، فوجد المشتري به عيباً بعد وفاة الميت، فردها على الوصي حتى صار ثمنه ديناً على الميت، هل يضمن الوصي للثاني شيئاً؟ فهذا على وجهين: إما أن دفع الوصي إلى الأول بأمر القاضي، أو دفع بغير أمره، فإن كان دفع بأمر القاضي، فلا ضمان عليه، ولا على القاضي، ولكن الثاني يتبع الأول، فيشاركه فيما قبض بقدر دينه إن كان قائماً، وإن كان هالكاً في يده، يضمن القابض حصته من المقبوض، أما لا يضمن الوصي للثاني، وإن ظهر أنه صار دافعاً بعض حقه إلى الأول بغير أمره؛ لأنه كان مكرهاً على الدفع إلى الأول من جهة القاضي، فصار دفعه منقولاً إلى القاضي، فصار كأن القاضي دفع بنفسه، فلم يكن على الوصي ضمان لهذا، ولا ضمان على القاضي، وإن ظهر أنه أخطأ فيما قضى، فإنه لم يقصر في نظره للميت على ما ظهر، وليس للقاضي ذلك؛ لأن القاضي متى أخطأ في قضائه، فإن قرار الضمان يكون على من وقع القضاء له؛ لأنه كان عاملاً للمقضي له، والمقضي له الغريم الأول، فيكون قرار الضمان على الغريم الأول، فيتبع الثاني الأول دون القاضي.

هذا إذا دفع الوصي إلى الأول دينه بأمر القاضي ، وأما إذا دفع إلى الأول بغير أمره كان للثاني أن يضمن الوصي حصته من المقبوض إن شاء ؛ لأنه دفع حق الثاني إلى الأول بغير أمر الثاني ، وكان طائعاً في هذا الدفع لا مكرهاً ، فصار ضامناً ، وإن شاء ضمن القابض ؛ لأن القابض قبض بعض حقه على سبيل التملك ، وليس له قبضه .

فإذا ضمن الوصي للثاني حصته مما دفع إلى الأول ، هل يرجع الوصي بما ضمن على الأول ؟ إن كان في زعم الوصي أن الثاني مبطل في الدعوى ، وفيما أقام من البينة لم يرجع على الأول ؛ لأنه يزعم أنه لم يملك بهذا الضمان شيئاً من جهة الثاني ، بل الثاني ظلمه حيث ضمنه ، والمظلوم لا يظلم غيره ، وإن زعم أنه محق رجع بذلك على الأول ؛ لأنه يزعم ذلك نصيبه بهذا الضمان ، فإنه صار غاصباً نصيبه بالدفع إلى الأول ، وقد ملك ما دفع من جهته بالضمان ، فكان له أن يرجع بذلك على الأول ؛ لأنه إنما دفع ما دفع إلى الأول على تقدير أنه ملك الأول ، وقد ظهر أن بعض ما قبض ملك الوصي ، فكان للوصي أن يرجع عليه بذلك .

هذا الذي ذكرنا إذا أثبت الدين عند القاضي بالبينة ولو لم يثبت الدين عند القاضي بالبينة ، ولكن كان أقر الميت بين يدي الوصي أن لفلان عليه كذا كذا درهماً ، أو ثبت الدين بمعاينة الوصي ، بأن عاين أن الميت حال حياته استهلك مال إنسان ، أو استقرض منه مالاً ، هل يسع للوصي أن يقضي هذا الدين إذا أنكر الورثة ؟ لا رواية لهذا ، واختلف فيه المشايخ رحمهم الله ، قال بعض مشايخنا : له أن يقضي ذلك الدين ؛ لأنه علم بوجوب هذا الدين على الميت ، فإنه عاين إقرار الميت ، والإقرار حجة ، اتصل به القضاء أو لم يتصل ، وعاين الاستهلاك والاستقراض ، فإنه يوجب الدين على الميت ، قضى القاضي بذلك أم لم يقض ، وإذا علم الوصي بوجوب هذا الدين على الميت ، كان للوصي أن يقضي ذلك كما لو ثبت الدين على الميت عند القاضي بالبينة إلا أنه إذا لحق الميت دين من الوجه الذي ذكرنا فالوصي يضمن حصة الثاني ؛ لأن بعض ما دفع إلى الأول حق الثاني ، وقد دفعه إلى الأول بغير أمره ، وهو طائع في الدفع ، فصار الوصي غاصباً ، والقابض غاصب الغاصب ، وللثاني أن يضمن حصته من الدين أيهما شاء .

وقال بعض مشايخنا : إنه يسع للوصي أن لا يقضي ؛ لأنه متى قضاه عرض نفسه

للغرم؛ لأن الورثة متى اطلعوا على قضائه، وأثبتوه بالبينة، غرموا الوصي، وله أن لا يوقع نفسه في الغرم بخلاف ما لو كان له دين ثابتاً على القاضي بالبينة؛ لأنه متى قضى لا يعرض نفسه على الغرم[1]؛ فإن الورثة متى علموا ذلك منه، فإنه لا يكون لهم أن يغرموا الوصي.

فأما إذا شهد شهود عدول بين يدي الوصي أن لفلان على الميت كذا كذا ديناً، ولم يشهدوا بها عند القاضي، هل يسع للوصي قضاء هذا الدين إذا أنكر الورثة؟ لا رواية لهذا، واختلف فيه المشايخ رحمهم الله أيضاً: فقال بعضهم: له ذلك؛ لأنه علم بوجوب الدين على الميت، فكان له أن يقضيه كما لو ثبت عند القاضي بالبينة، ومنهم من قال: لا يسعه القضاء؛ لأن الشهادة في حقوق العباد قبل اتصال القضاء بها ليست بحجة، فلا يقع بها العلم قبل القضاء، ألا ترى أنه ذكر في كتاب الاستحسان: أنه إذا شهد شاهدان عند رجل أن فلاناً قتل أباك عمداً، لا يسع لولي القتيل قتل القاتل ما لم يقض القاضي بها، وكذا إذا شهدوا أن فلاناً أخذ من مال أبيك كذا كذا لا يسع لصاحب الدين أن يأخذ ذلك من الآخذ بخلاف ما لو عاين إقرار القاتل بالقتل، أو عاين أنه قتل أباه، وشهادة العدول في حقوق العباد إذا لم تكن حجة قبل اتصال القضاء بها صار وجود هذه البينة وعدمها بمنزلة، ولو عدمت لا يكون للوصي أن يقضي ذلك، فكذا هذا.

وقال نصير عن أبي سليمان رحمهما الله في رجل شهد عنده عدل: إن لهذا على الميت ألف درهم قال: يسعه أن يعطيه بقوله، وإن خاف الضمان وسعه أن لا يعطيه، قلت: فإن كان هذا شيئاً بعينه جارية ونحوها، وعلم أن هذا لهذا، وكان الميت غصبه، قال: مهما يدفعها إلى المغصوب منه؛ لأنه بالمنع يصير غاصباً.

٢٠٨٦٦- وإذا أقر الميت بين يدي الوصي بالدين، وأراد الوصي أن يقضي الدين، ولا يلحقه الغرم، فقد اختلف فيه المشايخ رحمهم الله على ستة أقوال: منهم من قال: ينبغي له أن يجيء إلى القاضي، فيقول له: اقسم أنت الميراث بين الورثة حتى إذا ظهر دين آخر بالبينة، لا يكون للغريم الثاني أن يخاصمني، ولا يرجع بالضمان على.

(١) وفي م: "للغرم".

ومنهم من قال: ينبغي أن يجعل من التركة مقدار الدين في صرة(١) فيضعها بين يديه، ويبعث إلى الغريم فيجيء، فيأخذه سرًا أو جهرًا والوصي يشاهد، فإن علم الورثة يقول للورثة: خاصموا أنتم، وأقيموا غيري لكي يخاصم.

ومنهم من قال: يدفع إلى نفسه قدر الدين سرًا حتى لا يعرف الورثة، فيخاصموه.

ومنهم من قال: ينبغي أن يجعل قدر الدين من جنس الدين في صرة، فيودعها الغريم، فيذهب الغريم بالوديعة قصاصًا بدينه، ثم إن الوصي لا يضمن؛ لأن له أن يودع، ولا يخاصم في استردادها، بل يفوض ذلك إلى الورثة.

ومنهم من قال: يبيع بمقدار الدين شيئًا من التركة من الغريم، ثم لا يخاصمه، ويحيل الخصومة إلى الورثة، ويصالح عنهم، أو ينصبون غيره فيخاصم.

ومنهم من قال: ينبغي أن يقول للميت حين أقر بالدين: أحضر شاهدين أشهدهما على قولك، أو أشهد شاهدًا آخر سواي حتى إذا جاء الغريم يشهد ذلك الشاهدان أو الوصي والشاهد الآخر يشهد له بذلك، ثم يقضي الوصي دينه، فلا يضمنه، وإن ادعى الورثة ضمانًا على الوصي، وقالوا: إنك قضيت دينًا من التركة، لم يكن واجبًا على الميت، وصرت ضامنًا، وأنكر الوصي الضمان، وأراد الورثة استحلاف الوصي، فالقاضي لا يستحلف الوصي بالله ما قضيت حقًا للموصي، وإنما يحلفه بالله ما لهم قبلك الذي يدعونه من الضمان عليك؛ لأن القاضي نصب ناظرًا، فإنما يحلف الخصم على وجه يكون نظرًا للخصمين، والله أعلم.

القسم الثاني

في قبض الوصي الدين بعد ما خرج من الوصاية

وفي إبراء الوصي غريم الميت:

٣٠٨٦٧- قال: الوصي بعد ما خرج من الوصاية إذا قبض دينًا لليتيم ينظر إن

---

(١) وفي م: صرة.

كان موروثاً للصغير، أو وجب بعقد الوصي عقداً، لا يرجع الحقوق فيه إلى العاقد، لا يصح، ولا يبرأ المديون، وإن وجب بعقد الوصي عقداً، يرجع فيه حقوق العقد إلى العاقد، يصح قبضه، ويبرأ المديون، وذكر المسألة في كتاب المكاتب في باب مكاتبة الوصي.

٢٠٨٦٨- وفي «المنتقى» عن محمد رحمه الله: رجل أوصى إلى رجل، وله ابن صغير، فأدرك الصغير، وللميت دين على رجل، فقبض الوصي الدين بعد ما أدرك، فهو جائز، ولم يفصل، قال ثمة: ولو كان الابن نهاه عن القبض بعد ما أدرك، فقبض، لم يجز قبضه.

٢٠٨٦٩- وإذا أبرأ الوصي غريماً من غرماء الميت، فهذا على وجهين: إن كان الدين وجب بمعاقدة الوصي، فإنه يصح إبراءه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قياساً، ويضمن من ماله، ولا يصح في قول أبي يوسف رحمه الله استحساناً؛ لأن الوصي وكيل الميت بالبيع، فيعتبر بوكيل الحي، ووكيل الحي بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن كانت المسألة على الخلاف الذي ذكرنا، فكذا وكيل الميت بالبيع. وإن كان ديناً، وجب لا بمعاقدة الوصي، فإنه لا يصح إبراءه عندهم جميعاً؛ لأنه وكيل الميت بقبض الدين، ووكيل الحي بقبض الدين إذا أبرأ المديون عن الدين، لم يصح إبراءه عندهم جميعاً، فكذا وكيل الميت بقبض الدين.

القسم الثالث

في الوصي يدعي الدين لنفسه على الميت:

٢٠٨٧٠- في الفتاوى قال نصير: سألت شداداً رحمه الله عن الوصي إذا قال: لي على الميت دين أيخرج القاضي التركة من يده؟ قال: وإن ادعى شيئاً بعينه أخرجه من يده، قال الفقيه: وقد قيل: إن الوصي متى ادعى على الميت ديناً، ولا بينة له، فإن القاضي يخرجه من الوصاية؛ لأنه يستحيل الأخذ من مال اليتيم، والاختيار عندي أن القاضي يقول للوصي: إما أن تبرئه عن الدين الذي تدعيه، وإما أن تقيم البينة عليه حتى تستوفي، وإما أن أخرجك عن الوصاية، فإن أبرأ، وإلا أخرجه، وجعل مكانه آخر.

وسئل أبو القاسم رحمه الله عن ذلك، فقال: حكي عن إبراهيم بن صالح رحمه الله أنه قال: الحاكم يعزله، وصوبه محمد بن سلمة رحمه الله.

٢٠٨٧٦ - وسئل أبو نصر رحمه الله عن وصي باع دارًا ثم ادعى أنها كانت بينه وبين الميت قال: إن كانت الدار في حياة الميت في يده وتحت تصرفه ثم يصدق الوصي على ما ادعى إلا ببينة عادلة، فيجعل الحاكم وصيًا للميت حتى يقيم الوصي البينة عليه، وكذا إذا ادعى الوصي دينًا على الميت، جعل القاضي للميت وصيًا حتى يقيم البينة على الوصي؛ لأن البينة لا تقبل إلا بحضرة خصم، ثم الحاكم بالخيار، إن شاء، تركه خارجًا عن الوصية، وإن شاء، أعاده إليها بعد ما قضي دينه[1]؛ لأن القاضي لما أخرجه كان ذلك قضاء منه، فله أن يمضي على قضائه إن شاء.

قال الفقيه رحمه الله: وذكر الخصاف رحمه الله في كتاب القاضي: أن القاضي يجعل للميت وصيًا في مقدار ذلك الدين خاصة، ولا يخرج هذا الوصي من الوصاية، وذلك القول أصح، وبه نأخذ.

وفي الواريث من الفتاوى: وسئل أبو القاسم رحمه الله عمن له على آخر دين ومات، واتطالب وارثه أو وصيه قال: له أن يأخذ مقدار حقه من غير علم الورثة.

القسم الرابع

في دعوى الدين على الميت وبيان من ينتصب خصمًا عن الميت ومن لا ينتصب خصمًا عنه:

٢٠٨٧٧- سئل أبو القاسم رحمه الله عمن مات، وترك أموالا وأولادًا صغارًا، فادعى رجل دينًا على الميت، وادعى رجل آخر وديعة، وادعت المرأة مهرها، هل للوصي أن يؤدي ذلك من غير حجة؟ قال: أما الدين والوديعة فلا بد من إثباتهما عند الحاكم، وأما المهر فإن ادعت مقدار مهر مثلها، فذلك واجب، وكفى بالنكاح شاهدًا.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إن كان الزوج بنى بها يمنع منها مقدار ما جرت

---

(١) وفي ف: دينه عليه.

العادة في التعجيل، والقول في ذلك قول الورثة وما زاد عليه، فالقول قول المرأة؛ لأن النكاح شاهد على وجوب كل المهر، والعرف شاهد على قبض بعض المهر، فيعمل بهما.

وقيل: إذا صرحت المرأة بإنكار القبض، وقالت: لم أقبض شيئاً فالقول قولها مع يمينها؛ لأن النكاح دليل محكم على وجوب كل المهر، والدخول والموت دليلان محكمان على تقرر ذلك الواجب، والبناء بها ليس بدليل محكم على استيفاء بعض المهر؛ لأن الإنسان قد يبني بامرأته قبل تعجيل شيء من المهر، ولو كان البناء دليلاً محكماً على استيفاء بعض المهر أيضاً، فلا جرم يقع التعارض بين الدليلين، فيبقى ما كان على ما كان هذا هو الحكم عند وقوع التعارض بين الدليلين، وقد عرفنا وجوب كل المهر، فيبقى على ما كان.

١٠٨٧٣ - قال محمد رحمه الله في «الجامع»: رجل هلك، وترك مالاً ووارثاً واحداً، فأقام رجل البينة أن له على الميت ألف درهم دين، فقضى القاضي له على الوارث، ودفع إليه الألف، وغاب الوارث، فحضر له غريم آخر، فإن الغريم الأول ليس بخصم له.

فرق بين هذا وبين ما إذا كان مكان الغريمين موصى لهما بالثلث، بأن أقام رجل البينة أن الميت أوصى له بالثلث من ماله، وجحد الوارث ذلك، فقضى القاضي له بالثلث، وأعطاه الثلث، ثم أقام رجل آخر البينة، أن الميت أوصى له بثلث ماله، وأحضر الموصى له إلى القاضي، فالقاضي يجعله خصماً له، ويأمره أن يدفع نصف ما في يده إلى الثاني، والفرق بينهما أن المستحق للموصى له بالثلث عين التركة، ولهذا لو أراد الوارث، أو الوصي أن يعطيه مقدار الثلث [من التركة](١) من ماله لا يكون له إلا أن يرضى بذلك الموصى له، ولهذا تبطل الوصية بهلاك المال، ولما كان المستحق عين التركة، كان الثاني مدعياً بعض ما في يد الأول لنفسه من جهة الميت، فانتصب خصماً للقيام به، وأما الغريم فلا يستحق عين التركة، ولهذا لو أراد الوارث، أو الوصي بعد ثبوت دينه قضاء دينه من مال آخر، كان لهما ذلك من غير رضى الغريم، وكذلك لا

(١) زيد من م.

بطل حقه بهلاك المال، وإنما حقه في ذمة من عليه الدين، وهو الميت غير أن بعد موته تعين تركته للقضاء منه لا أن يكون حقه في عين التركة، وإذ كان هكذا لابد من إثبات الدين أولا في ذمة الميت لتعيين تركته للقضاء، وفي دعوى الدين على الميت الخصم وارثه، أو وصيه دون الغريم.

ولو كان الغريم الأول هو الغائب، فأحضر الثاني وارث الميت، كان خصمًا له؛ لأنه نائب عن الميت فيما يدعى على الميت، فأمكن جعله خصمًا بطريق النيابة عن الميت، أما الغريم فليس بنائب عن الميت حتى يجعل خصمًا بطريق النيابة عن الميت، ولا يمكن جعله خصمًا بطريق الأصالة؛ لأنه لا يدعي شيئًا لا في ذمته، ولا في يده على ما مر، فإذا قضى القاضي على الوارث، وقد توى ما أخذه الوارث، رجع الغريم الثاني على الغريم الأول، وأخذ منه بعض ما قبض، ثم يتبعان الوارث بما بقي لهما؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا، ولو علم القاضي بأن لهما على الميت دينًا، وقد قبض الأول تمام حقه، وتوى الباقي، فالقاضي يأخذ منه بعض ما قبض، ويدفعه إلى الآخر حتى يستويا، ثم يتبعان الوارث بما بقي لهما، كذا هنا.

ولو لم يكن الأول غريمًا، وكان موصى له بالثلث وقبضه، وغاب الوارث، فأقام الرجل البينة أن له على الميت دينًا، فالموصى له ليس بخصم له؛ لأنه لا يدعي بعض ما في يده؛ إذ لا حق للغريم في عين التركة على ما مر، إنما يدعي دينًا على الميت، والموصى له بالثلث إنما ينتصب خصمًا عن الميت في المال الذي وصل إليه بخلاف الوارث حيث ينتصب خصمًا فيما يدعى في مال الميت وفي ذمته؛ لأنه خلف عن الميت قائم مقام الميت مطلقًا لحاجته إلى ذلك، أما الموصى له بالثلث فبخلافه على ما مر قبل هذا.

وكذلك لو كان الأول غريمًا، والثاني موصى له بالثلث، لم يكن الغريم خصمًا له؛ لأن الموصى له إن كان مقرًا بالدين كان في زعمه أن حقه مؤخر عن الدين، وإنه لا حق فيما في يده، وإن كان منكرًا للدين كان في زعمه أن الأول غاصب، ويد الغاصب لا تكون يد خصومة، والوارث خصم في ذلك كله؛ لما قلنا.

٢٠٨٧٤- ذكر في "النوازل": رجل مات وعليه دين يأتي على جميع تركته،

ما حضر مع نفسه ووارث الميت، فقد قيل: الوارث لا يكون خصماً للغريم، وقيل: يكون خصماً، ويقوم مقام الميت في حق الخصومة، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله، وعليه الفتوى.

وفي موضع آخر: تركة مستغرقة كلها بالديون أو أكثرها، ادعى مدع آخر على الميت ديناً، وعجز عن إقامة البينة، وأراد تحليف الورثة[1] وأصحاب الديون: لا يمين على الغرماء أصلاً؛ لما بينا أنه لا يدعي عليهم شيئاً، وكذا لا يمين على الورثة إن كان كل التركة مستغرقاً بالدين، وإن كان له بينة، فهو الخصم، وإن لم يكن له وصي جعل له القاضي وصياً، وإن كان في المال فضل على الدين يحلف[2] الوارث، وقد ذكرنا في كتاب أدب القاضي: أن الوارث إذا لم يصل إليه شيء من التركة يسمع عليه بينة المدعي، لكن لا يستحلف قبل أن يظهر للميت مال على ما اختاره الفقيهان أبو جعفر وأبو الليث رحمهما الله.

٢٠٨٧٥ - ادعى على ميت ديناً ووصيه غائب غيبة منقطعة، فالقاضي ينصب خصماً عن الميت يخاصم المدعي، وقد ذكرنا هذه المسألة في آخر "كتاب أدب القاضي"، وكذلك لو كان الوصي حاضراً، وأقر للمدعي بالدين، فالقاضي ينصب خصماً عن الميت؛ لأن إقرار الوصي على الميت لا يجوز، فلا يمكن للمدعي أن يخاصم الوصي فيما أقر به، فلو لم ينصب القاضي وصياً للمدعي لا يصل المدعي إلى حقه، هكذا ذكر الخصاف في فتاواه، وفيه نوع نظر، فقد ذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي": في الباب الثالث والسبعين: أن أحد الورثة إذا أقر بالدين، فأقام المدعي البينة على هذا الابن المقر بالدين؛ ليثبت الدين في جميع التركة، يسمع بينته، وكذا لو أقر جميع الورثة بالدين، فأقام البينة عليهم؛ ليثبت الدين في حق غيرهم، تقبل بينته، فكذا ههنا يجب أن تسمع البينة على الوصي بعدما أقر بدعوى المدعي بالأولى؛ لأن هناك إقرار الوارث نفذ عليه وإن لم ينفذ على غيره، وههنا إقرار الوصي ما نفذ عليه، ولا على غيره.

---

(١) وفي م: الوارث.

(٢) وفي م: يحلف على الوارث.

٢٠٨٧٦ - وفي "العيون" : إذا أوصى إلى امرأته وترك صباغاً ولها عليه مهر ، أو كان له من الصامت مثل مهرها ، فلها الأخذ من الصامت ، وإن لم يكن له صامت ، فلها أن تبيع ما كان يصلح للبيع ، وتستوفي جميعاً صداقها من ثمنه .

٢٠٨٧٧ - وفي مواريث "النوازل" : مديون مات ورب الدين وارثه ووصيه ، فله[1] أن يرفع مقدار حقه من غير علم الورثة .

٢٠٨٧٨ - وصي عليه دين[2] الميت ، والميت أوصى بوصايا ويريد الوصي أن يبرأ قال : ينفذ الوصايا ، أو يقضي ديونه من مال نفسه ، فيصير قصاصاً ، وينبغي أن ينوي حين يقضي أقضي من مالي لأرجع في مال اليتيم حتى يصير قصاصاً حينئذ .

ولو كان للميت دين على رجل ، وله وصي وابن صغير ، فأدرك الابن ، ثم يقضي الوصي الابن جاز ، ولو كان الابن بالغاً ، نهاه عن قبضه لم يجز قبضه ، وقد مرت .

٢٠٨٧٩ - وفي إقرار "الواقعات" : إذا أقر وصي الميت أني قبضت كل دين لفلان الميت على الناس ، فجاء غريم لفلان الميت ، وقال للوصي : دفعت إليك كذا وكذا ، وقال الوصي : ما قبضت منك شيئاً ، ولاعلمت أنه كان لفلان عليك شيء ، فالقول قول الوصي مع يمينه ، ولو أقامت البينة على أصل الدين ، لم يلزم الوصي منه شيء ؛ لأنه لم يقر بقبض شيء من رجل بعينه ، وكذا لو قال : قبضت كل دين لفلان بالكوفة ، أو أضاف إلى مصر أو سواد ، وكذا الوكيل بقبض الدين والوديعة والمضاربة في جميع ذلك سواء .

٢٠٨٨٠ - وفي "العيون" : وصي الميت إذا قال : قبضت منه في صحته الألف التي كانت لي عليه ، وقال سائر الغرماء : قبضت في مرضه ، فإن كانت الألف قائمة شاركوه فيها ؛ لأن الأخذ حادث ، فيحال به على أقرب الأوقات ، وإن كانت هالكة لا شيء لهم قبله ؛ لأن ذلك ظاهر ، فيكفي للدفع لا للاستحقاق ، وهم يدعون حال قيام الألف ، أما بعد هلاكها فيدعون عليه الاستحقاق بالضمان ، فلا يكفيهم الظاهر .

---

(١) هكذا في الأصل رج ، وكان في ظ : علم ، ويرفع : ملاك .

(٢) زيد من الأصل .

٢٠٨٨١ - رجل مات وعليه ديون، وترك وفاء، فصالح الورثة الغرماء، قال بعضهم: لا يسع الورثة ذلك، ولكن هذا إذا كان الصلح بإلجاء الورثة الغرماء إلى الصلح، أما إذا كان ذلك على اختيار الغرماء من غير إلجاء الورثة لا يسعهم، لأن أكثر ما فيه أن يسقط به بعض حقهم إلا أنه إنما يسقط برضاهم، وإسقاط الإنسان بعض حقه برضاه جائز.

القسم الخامس

من هذا النوع في قضاء غير الوصي والوارث دين الميت:

٢٠٨٨٢ - قال هشام في نوادره: سمعت محمداً رحمه الله يقول: في رجل في يديه ألف درهم وديعة لرجل، وقد مات رب الوديعة وعليه دين ألف درهم معروف، وترك ابناً معروفاً، فقضى المستودع الألف الوديعة الغريم، لا يضمن؛ لأنه قضى بألف الميت دين الميت، وليس للابن ميراث حتى يقضي الدين، وأشار في كتاب الكفالة إلى أنه يضمن، ولو كانت الألف ديناً عليه، فقضاها غريم الميت بغير أمر الوصي قال: إن كان حين قضاه قال: هذه الألف التي لفلان الميت على أقضيكها[1] عن الميت من الألف التي لك على الميت، فهو جائز، ولا يضمن، وإن لم يكن قال: ذلك، ولكن قضاه الألف عن الميت، فهو متطوع والألف عليه، قال هشام: قلت لمحمد رحمه الله: أتحفظ هذا عن أبي حنيفة رحمه الله؟ قال محمد رحمه الله: وقال أبو حنيفة رحمه الله وأبو يوسف رحمه: فيمن مات وله غلام، وقد كاتبه على ألف درهم، وعلى الميت لإنسان ألف درهم، فقضاها المكاتب الغريم بماله على مولاه بغير أمر الوصي قال الإمام: في القياس هو باطل؛ ولا يعتق المكاتب حتى يعتقه القاضي، لكنا ندع القياس، ويعتق المكاتب يوم أداء المال.

(١) هكذا في م، وكان في ب وط "أقضيكها".

بقي من دينه، فيحتاج إلى تفويض البيان إلى رب الدين حذراً من الكذب، وقد سلطه الشرع على ثلث ماله حتى يصح منه التبرع بقدر الثلث، فكذا يصح الأمر بالتصديق بقدر الثلث، والثاني: أن هذا الكلام من المريض من حيث الصورة إن كان أمراً بتصديق المدعي فإنه من حيث المعنى أمر بتسليم ما يختاره المدعي من تركته، وإنه صحيح بطريق الوصية؛ لأنه تبرع في حالة المرض، والتبرع في حالة المرض وصية، ألا ترى أنه لو صرح، فقال: إذا اختار فلان من تركتي شيئاً، فسلموه إليه فإنه يصح ويكون وصية يجب تنفيذها بقدر الثلث، كذا هنا.

٢٠٨٨٦- وفي الفتاوى سئل أبو نصر عن مريض أقر أن لفلان علي كذا، ولفلان على كذا، فإن جاء أحد، فادعى على مائتي درهم إلى خمسمائة، فأعطوه ما ادعى، ثم قال: فإن لم يبق، فأعطوا ما يدعي برأي فلان رجل معلوم، كان وصيه بعطائه، هذا فاسد، فلا يعطي إلا ببينة، وكأنه أخذ بالقياس.

٢٠٨٨٧- وفي دعوى الفتاوى سئل أبو القاسم عن صحيح قال: ما ادعى فلان ابن فلان في المال الذي في يدي، فهو صادق، أو قال: فصدقوه، ومات، قال: إن لم يكن سبق من فلان دعوى في شيء معلوم، لا يجوز هذا القول شيء، وإن سبق منه دعوى في شيء معلوم، فالذي ادعى ثابت، وقد ذكرت رواية الجامع الصغير في مريض قال: لفلان علي دين، فصدقوه أنه يصدق بقدر الثلث، ولا رواية عن أصحابنا رحمهم الله في قوله: فهو صادق، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: يجب أن يكون الجواب فيه كما قال أبو القاسم رحمه الله.

٢٠٨٨٨- وسئل أبو نصر رحمه الله عمن مات، وترك ضياعاً، وعليه ديون، فأرادت الورثة أن يقضوا ديون الميت من أموالهم؛ ليبقى الضياع لهم، قال: إن اتفقوا على ذلك، وصح لهم قضاء الدين، وإنفاذ الوصايا من أموالهم، فلهم ذلك، وإن اختلفوا، فللوصي أن ينفذ الوصايا، ويقضي الدين من مال الميت، ولا يلتفت إلى قولهم، ويبيع ما احتاج إليه من مال الميت

٢٠٨٨٩- وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله: رجل مات وترك ابناً، وقد كان اشترى عبداً من حبان، ولم يقبضه ولم ينقد الثمن، وعليه ديون، فقضى

ابنه البائع الثمن، وقبض العبد، فإنه يكون بينه وبين الغرماء بالحصص، قال: وهذا بمنزلة الرهن لا يكون الابن أحق به، وصورة الرهن الذي استشهد به إذا كان بعض الدين رهن، فقضى الابن البائع دين الغريم الذي عنده رهن وافتك الرهن، فإنه يكون بين الغرماء، ولا يكون الوارث الذي قضى الدين أولى به من بقية الغرماء.

٢٠٨٩٠- وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله: رجل أوصى أن عليه دينًا للناس ولم يسمهم، وقال: الدين كذا وكذا، فادفعوا إلى فلان يقضي عني ديوني، فقد أوصيت إليه أن يقضي عني ديوني، قال: هذا ليس بشيء، ولا يصدق الموصى إليه بقضاء الدين أن يقول: لفلان على الميت كذا، فإن أقام إنسان بينة بدين له على الميت دفع ذلك إلى الموصى له بقضاء الدين، وهو وصي فيما أوصى إليه من قضاء الدين خاصة في قول محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: هو وصي مع الوصي في التركة أو كان، كأنه أوصى إليهما جميعًا، وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله.

٢٠٨٩١- وإذا أنفق الوصي التركة على الصغار حتى فنيت التركة، ولم يبق منها شيء، ثم ادعى رجل على الميت دينًا، وأثبته بالبينة عند القاضي، وقضى القاضي، هل لهذا الغريم أن يضمن الوصي، لا ذكر لهذه المسألة في الكتب، وقالوا: ينبغي أن يكون الجواب فيه على التفصيل إن أنفق عليهم بأمر القاضي، فلا ضمان عليه، وإن أنفق بغير أمر القاضي، فعليه الضمان؛ لأنه مقدم على الميراث، وهي حق الورثة، فإذا أنفق بغير أمر القاضي، فقد تصرف في حق الغرماء، وهو مختار فيه لما لم يأمره القاضي بذلك، فيكون عليه الضمان.

٢٠٨٩٢- وفي فتاوى النسفي: سئل عمن مات وعليه دين مستغرق لتركته، وللميت على رجل مال، أو في يده مال، فطلبت الورثة ذلك منه وهو يعلم بالدين، فصالح الورثة عما عليه، أو في يده على مال، قال: يغرم للغرماء الدين؛ لأن الدين المستغرق يمنع ثبوت الملك للورثة في التركة، قيل: فعلى من يدعي صاحب الدين وعلى من يقيم البينة؟ قال: على ذي اليد بحضرة الورثة إذا كان في يده مال.

٢٠٨٩٣- وفيه أيضًا: سئل عمن مات، وفي يد امرأته من ماله ألف درهم نقد، فأخذته بمهرها بغير رضا سائر الورثة، قال: يجوز، فإن استحلفت بالله ما في يدها من

٢٠٨٩٧- قال محمد رحمه الله في إقرار «الأصل»: إذا أقر وصي الميت أنه قد استوفى جميع ما للميت على فلان ابن فلان ولم يسمّ، كم هو؟ ثم قال بعد ذلك: إني قبضت منه مائة، وقال الغريم: كان لفلان علي ألف درهم، وقد قبضها، فهذا على وجهين: إما أن كان هذا دينًا وجب بإدانة الوصي، أو بإدانة الميت، وفي كل واحد من الوجهين: لا يخلو إما أن يكون إقراره بالدين بعد إقرار الوصي باستيفاء جميع ما عليه، أو قبل ذلك، والوصي في كل واحد من الوجهين: لا يخلو إما أن وصل قوله: وهي مائة بإقراره أنه استوفى الجميع أو فصل، وقد بدأ محمد رحمه الله بما إذا كان الدين واجبًا بإدانة الميت، وأقر الوصي أولا باستيفاء جميع ما كان على الغريم، ثم قال: وهي مائة مفصولا عن إقراره، ثم أقر الغريم بعد ذلك أن الدين كان عليه ألف درهم، وقد استوفى الوصي منه ألف درهم، وذكر أن الغريم بريء عن الألف حتى لم يكن للوصي أن يتبعه[1] بشيء، والقول قول الوصي مع يمينه أنه قبض مائة، ولا يصدق الغريم مع الوصي حتى لا يضمن تسعمائة للورثة بسبب الجحود.

وإنما قال: إنه بريء الغريم عن الألف؛ لأن إقرار الوصي أنه استوفى من الغريم جميع ما عليه صحيح؛ لأن الوصي يملك استيفاء ما عليه من الدين، فيملك الإقرار به كالميت، وإذا صح الإقرار باستيفاء جميع ما عليه، بريء الغريم عما عليه، سواء كان عليه مائة درهم أو ألف؛ لأن الألف والمائة داخل تحت اسم الجميع، وإذا بريء الغريم عما عليه من الدين بإقراره لو صححنا هذا البيان من الوصي مفصولا كان في ذلك إبطال براءة يثبت الغريم فيما زاد على المائة بإقرار الوصي بعد ثبوتها؛ لأن حكم الكلام إنما يتقرر بالسكوت عليه، والبيان إذا كان فيه إبطال ثابت متقرر يكون رجوعًا، ولا يكون بيانًا، والمقر يصدق في البيان، ولا يصدق في الرجوع، وكان بمنزلة الاستثناء من المقر بعد ما سكت عن الإقرار لا يصح؛ لأنه تقرر حكم الإقرار بالسكوت عليه، وكان الاستثناء بعد السكوت عن الإقرار إبطالا لما وجب بالإقرار لا بيانًا لقدر الواجب، وإبطال الثابت رجوع، وليس ببيان، والمقر يصدق في البيان، ولا يصدق في الرجوع، كذا هذا، فبريء الغريم عن جميع الدين بإقرار الوصي لما لم يصح هذا البيان من الوصي، وكان القول

(١) هكذا في ت، وف، وكان في الأصل وظ: يتبعه.

قول الوصي مع يمينه بالله ما قبض إلا مائة، وذلك لأن الزيادة على المائة لو ضمنها الوصي، فإنه يضمن بإقرار الغريم أن الدين كان عليه ألف درهم، وأن الوصي صار جاحداً لتسعمائة إذا أقر بقبض المائة لا غير، ولا يجوز أن يضمن الزيادة على المائة بإقرار الغريم؛ لأن إقرار الغريم أن الدين كان ألفاً بعد إقرار الوصي بالاستيفاء شهادة على الوصي أنه جحد تسعمائة، وليس بإقرار على نفسه بإيجاب الدين؛ لأن البراءة قد ثبتت للغريم بإقرار الوصي، فيكون شاهداً على الوصي بالجحود، والحكم لا يثبت بشهادة الفرد، فلهذا قلنا: بأن القول قول الوصي في مقدار ما قبض، ولا يضمن تسعمائة للورثة بإقرار الغريم.

فإن قامت للميت بينة على أن الدين على الغريم كان ألفاً، بأن أقام الوارث البينة أو غريم الميت، كان الغريم بريئاً عن جميع الألف حتى لم يكن للوصي أن يتبع الغريم بتسعمائة؛ لأن إقرار الوصي أنه استوفى منه جميع الدين قد صح، وبرئ الغريم عما عليه، سواء كان عليه مائة أو ألف درهم بإقرار الوصي، ويضمن الوصي تسعمائة للورثة، وذلك لأنه بإقامة البينة ثبت أن الدين كان ألف درهم في حق الوصي؛ لأن البينة حجة في حق كافة الناس، وإذا ثبت أن الدين كان ألف درهم، وقد أقر الوصي باستيفاء جميع ذلك، فإذا قال: هو مائة فقط صار جاحداً ما زاد على المائة إلى تمام الألف، والأمين يضمن بالجحود، وأما قبل إقامة البينة لم يثبت أن الدين كان ألفاً في حق الوصي، فإنه يثبت بقول الغريم، وقد ذكرنا أن قول الغريم في هذه الحالة شهادة، والحكم لا يثبت بشهادة الفرد.

هذا إذا أقر الغريم بدين ألف درهم بعد إقرار الوصي باستيفاء جميع ما عليه، فأما إذا أقر الغريم أولاً أن الدين ألف درهم، ثم أقر الوصي أنه استوفى جميع ما عليه، ثم قال: وهي مائة فقط لا غير بإقراره، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا ثبت الألف بالبينة: يكون الغريم بريئاً عن جميع الألف بإقرار الوصي، ويضمن الوصي تسعمائة للورثة بالجحود، بخلاف ما لو كان إقرار الغريم بعد إقرار الوصي بالاستيفاء، فإن الوصي لا يضمن شيئاً للورثة، والفرق بينهما أن الغريم في إقراره أن عليه ألف درهم قبل إقرار الوصي باستيفاء ما عليه مقر على نفسه بإيجاب ألف درهم، فيكون مصدقاً في هذا

الإقرار ؛ لأنه لا تهمة في هذا الإقرار ، فإنه يوجب على نفسه ألف درهم ، والتهمة متى انتفت من إقرار المقر صار الثابت بإقراره كالثابت بالبينة أو بالمعاينة ، فأما إذا أقر بعد إقرار الوصي ، فهذا شاهد على الوصي ، وليس بمقر على نفسه ؛ لأنه لا يوجب على نفسه دينًا في هذه الحالة لوقوع البراءة له عن الدين بإقرار الوصي ، إنما يوجب بإقراره ضمان تسعمائة على الوصي بسبب الجحود ، فيكون شاهدًا على الوصي لا مقرًا على نفسه ، والحكم لا يثبت بشهادة الفرد .

هذا الذي ذكرنا إذا قال الوصي : وهي مائة منفصلًا عن إقراره ، فأما إذا قاله موصولًا ، بأن قال : استوفيت جميع ما للميت على فلان وهو مائة درهم ، وقال الغريم : لا ، بل كان ألف درهم ؛ ذكر أن الوصي يصدق في هذا البيان حتى كان للوصي أن يتبع الغريم بتسعمائة بعد ، بخلاف ما لو قاله : منفصلًا ، فإنه لا يصح هذا البيان في حق الغريم حتى لا يكون للوصي أن يتبع الغريم بشيء .

والفرق بينهما أن قول الوصي موصولًا : وهو مائة بيان لما يحتمله كلامه ، وليس برجوع ، وبيان ما يحتمله الكلام صحيح من المتكلم إنما لا يصح الرجوع ، وإذا صح هذا البيان صار كأنه قال : قبضت مائة وهي جميع الدين ، فقال الغريم : لا ، بل ألف درهم ، وإنما قلنا : بيان لما يحتمله كلامه ؛ لأنه أقر باستيفاء دين مجهول المقدار ، فكان بيان المقدار المستوفى بيانًا للمجهول من حيث المقدار ، فيكون بيانًا لما يحتمله اللفظ ، وليس تحته إبطال براءة ثابتة للغريم ؛ لأن حكم الكلام لا يتقرر قبل السكوت عليه إذا كان في آخره ما يغير حكم أوله ، ولهذا صح الاستثناء موصولًا ، واعتبر بيانًا للقدر الواجب لا إبطالًا لحق ثابت ، وإذا كان هذا بيانًا لما يحتمله الكلام ، وليس تحته إبطال حق ثابت للغريم صح هذا البيان من الوصي بخلاف ما لو قاله : منفصلًا ؛ لأن تحت هذا البيان إبطال براءة ثبتت للغريم ، وإبطال حق ثبت رجوع وليس ببيان ، والبيان صحيح من المتكلم ، والرجوع لا يصح .

ثم فرق بينه وبين المالك ، فإنه قال : لو حصل هذا الإقرار من المالك ، فإن الغريم يبرأ عن جميع الألف ، حتى لا يكون للطالب أن يتبع الغريم بشيء ، ولم يصحح هذا البيان من المالك ، وإن ذكره موصولًا بإقراره إذا كان عاقدًا ، وصحح إذا قال الوصي :

موصولا، وقد وجب الدين لا بعده، والفرق بينهما أنه اجتمع في هذا البيان ما يوجب صحته، وما يمنع صحته من حيث إنه بيان لمقدار المستوفى، والمستوفى مجهول المقدار، وبيان مقدار المجهول صحيح بيان صحيح، وفيه ما يمنع الصحة؛ لأن بيانه بيان لما يحتمله أول كلامه؛ لأن أول كلامه لإسقاط جميع ما عليه من الدين بعد الوجوب مائة كان أو أكثر؛ لأنه أضاف الاستيفاء إلى الجميع، والاستيفاء يوجب سقوط الدين بعد الوجوب، فأول الكلام يوجب سقوط الدين بعد الوجوب فيما وراء المائة، وهذا البيان متى صح، اقتضى نفي الوجوب فيما وراء المائة؛ لأن البيان متى صح التحق بأول الكلام، وكأنه قال: استوفيت منه مائة وهي جميع الدين، ولو قال: هكذا، كان هذا نفيًا منه للوجوب فيما وراء المائة، وهذا البيان متى صح، اقتضى نفي الوجوب فيما وراء المائة لا إسقاطًا لما وراء المائة بعد الوجوب، وبين إسقاط الدين بعد الوجوب وبين نفي الوجوب من الأصل تضادٌ وتنافٍ، وبيان ما لا يحتمله الكلام، لا يصح، وإن كان موصولا، فصحّ قولنا: إنه اجتمع فيه ما يوجب صحته، والعمل بالأمرين في حالة واحدة متعذر؛ لما بينه من التنافي، فعملنا بهما في الحالين، فقلنا: متى كان في الحكم بصحة هذا البيان إبقاء حق الغير لا إبطاله يجب القول بصحته عملا بما يوجب صحة هذا البيان، ومتى كان في الحكم بصحة هذا البيان إبقاء حق المتكلم يجب الحكم ببطلانه عملا بما يمنع صحة هذا البيان، وصار العمل بما يوجب صحته إذا كان فيه إبقاء حق الغير لا إبطاله أولى من العمل بما يوجب صحته إذا كان فيه إبقاء حق المبين؛ لأنه متى وجب إبقاء حقه وهو مالك الإبطال وجب إبقاء حق غيره، وهو غير مالك للإبطال من طريق الأولى، فيبطل العمل بالتمييز حينئذ، فلهذا وجب العمل بما يوجب صحة هذا البيان، إذا كان في الحكم بصحته إبقاء حق الغير لا إبطاله، ووجب العمل بإبطاله، إذا كان في الحكم بصحته إبقاء حق المتكلم، ومتى كان البيان من الوصي، وقد وجب الدين لا بمداينته في تصحيح هذا البيان إبقاء حق الميت في تسعمائة، فيجب الحكم بصحة هذا البيان، حتى لا يبطل حق الميت في تسعمائة، وإذا كان مالكًا وعاقدًا، لم يصحح هذا البيان؛ لأن في الحكم بصحة هذا البيان إبقاء حق المتكلم إن كان مالكًا في القبض وأصل الدين، وإن كان عاقدًا، ففي القبض؛ لأنه مالك القبض حتى لا ينعزل بعزل الوكيل[1]

(١) هكذا في م و، وكذا في الأصل وف: الوكيل.

فأما إذا قاله موصولاً، بأن قال: استوفيت جميع ما عليه وهو مائة، ثم قال الغريم: كان الدين على ألف درهم، وقد صدقها، فإن الغريم يكون بريئاً عن جميع ما عليه حتى لا يكون للوصي أن يتبعه بشيء، ولا يضمن الوصي للورثة إلا قدر ما أقر باستيفائه وهو مائة.

٢٠٩٠١ - فرق بين هذا وبينما إذا وجب الدين بإدانة الميت، فقال الوصي: قد استوفيت جميع ما للميت على فلان وهو مائة درهم موصولاً بإقراره، وقال الغريم: كان على ألف درهم، فإن الغريم لا يبرأ إلا عن المائة، وكان للوصي أن يتبعه بتسعمائة، فقد صح هذا البيان من الوصي متى وجب الدين بإدانة الميت، ولم يصح متى وجب الدين بإدانة الوصي، والفرق هكذا: لما ذكرنا أن هذا البيان صحيح إذا كان في تصحيحه إبقاء حق الغير، ولا يصح متى كان في تصحيحه إبقاء حقه، ومتى وجب الدين بإدانة الميت، ففي تصحيحه إبقاء حق الميت لا إبقاء حق الوصي؛ لأنه لا حق للوصي في الدين متى وجب بإدانة الميت لا في الأصل، ولا في القبض، ولهذا لم يصح إبراء الوصي، وإذا كان الحق للميت في أصل الدين والقبض، فمتى صح هذا البيان كان في تصحيح هذا البيان من الوصي إبقاء حق الميت في تسعمائة، فصح هذا البيان من الوصي، وإذا صح صار كأنه قال: استوفيت مائة درهم وهي جميع الدين، وأقر الغريم بألف، ولو كان كذلك، فإن الوصي يتبعه بتسعمائة؛ لأنه نفى أن يكون ما وراء المائة واجباً للميت على الغريم، ثم أقر الغريم بعد هذا للميت، وكان الإقرار صحيحاً كمن قال: لا حق لي على فلان، ثم أقر له فلان بذلك صح إقراره، وكان للمقر له أن يصدقه، ويأخذ منه ما أقر به، كذا هذا، فأما إذا وجب الدين بإدانته، فلو صححنا هذا البيان، كان في تصحيحه إبقاء حقه؛ لأن القبض حقه كأنه عقده لنفسه، وقد ذكرنا أن هذا البيان غير صحيح إذا كان في تصحيحه إبقاء حق المبين، وإذا لم يصح هذا البيان، صار كأنه قال: استوفيت جميع ما عليه، ثم أقر الغريم بألف درهم، ولو كان كذلك لا يتبع الغريم بشيء، ولكن لا يضمن للورثة إلا قدر مائة درهم على ما مر، كذا هنا.

٢٠٩٠٢ - هذا إذا أقر الوصي أولاً باستيفائه، فأما إذا أقر الغريم أولاً بألف درهم،

ثم قال الوصي: استوفيت جميع ما عليه وهي مائة، فإن الغريم يكون بريئًا عن جميع الألف؛ لأن بيان الوصي متى كان عاقلًا غير صحيح، فكأنه قال: استوفيت جميع ما عليه لا غير، ولم يقل: وهي مائة، ويضمن الوصي للورثة تسعمائة ههنا؛ لأن الثابت بإقرار الغريم قبل إقرار الوصي بالاستيفاء وإنه مقر على نفسه، لا على الوصي كالثابت بالبينة، ولو ثبت الألف بالبينة لكان الغريم بريئًا عن الألف وضمن الوصي للورثة تسعمائة أخرى سوى المائة التي أقر بها، فكذا هذا - والله أعلم -.

٢٠٩٠٣- قال: ولو أن وصيًا باع خادمًا للورثة، وأشهد أنه قد استوفى جميع ثمنها وهو مائة، وقال المشتري: بل كان مائة وخمسين، فهذا على وجهين: إما أن قال الوصي: وهو مائة موصولًا بإقراره، أو قاله: مفصولًا، فإن قاله: موصولًا بإقراره، فإنه لا يصح هذا البيان حتى يبرأ الغريم عن مائة وخمسين بإقرار الوصي أنه استوفى جميع ما عليه؛ لما ذكرنا أن الدين متى وجب بعقده، فهذا البيان من الوصي لا يصح ذكره مفصولًا أم موصولًا، وإذا لم يصح هذا البيان، وكان الوصي قال: استوفيت جميع ما عليه، ثم أقر الغريم أن جميع ما عليه مائة وخمسون، ولو كان كذلك يكون المشتري بريئًا عن جميع الثمن بإقرار الوصي، فكذلك هذا، ولا يضمن الوصي خمسين درهمًا، وإن قال الوصي: وهي مائة مفصولًا عن إقراره، فكذا الجواب، يكون الغريم بريئًا عن مائة وخمسين بإقرار الوصي أنه استوفى جميع ما عليه، ويكون القول قول الوصي فيما قبض؛ لأنه لو ضمن الزيادة ضمن بإقرار المشتري، وإنه شاهد على الوصي، وليس بمقر على نفسه.

والجواب فيما إذا كان مالكًا، وأقر باستيفاء جميع ما على المشتري، ثم قال: وهو مائة موصولًا أو مفصولًا، كالجواب في مسألة الوصي، ولو أقر الوصي أنه قد استوفى من فلان مائة درهم وهي جميع الثمن، فقال المشتري: لا، بل الثمن مائة وخمسون، فأراد الوصي أن يتبعه بخمسين درهمًا فله ذلك.

٢٠٩٠٤- فرق بين هذا وبينما إذا قال الوصي: قد استوفيت جميع ما على المشتري وهي مائة، وقال المشتري: لا، بل كان الثمن مائة وخمسون، وقد قبضها، فإنه لا يكون للوصي أن يتبع المشتري بخمسين درهمًا، وقوله: وهو مائة موصول بإقرار

له به، فإنه لا يصح متى كان مفصولاً؛ لما فيه من إبطال حق الغريم في البراءة من المائة الأخرى بعد ما ثبت، وتقرر بسكوت الوصي عن الإقرار، وإذا لم يصح منه البيان، فكأنه قال: استوفيت منه جميع ما للميت، ولم يقل: شيئاً آخر، ثم قامت البينة أنه كان مائتين رهناً، يكون ضامناً للمائة الأخرى؛ لأنه جحدها لما قال: قبضت مائة بعدما ثبت منه الإقرار بقبض الكل.

وهذا بخلاف ما لو وجب هذا الدين بإدانة الوصي والمسألة بحالها، فإن الوصي يضمن المائة الأخرى؛ لأن البيان منه لا يصح متى وجب الدين بإدانته وإن كان موصولاً، وإذا لم يصح البيان كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا وجب بإدانة الميت، وقد قال مفصولاً: وهي مائة.

٦٠٩٠٦- قال: وإذا أقر الوصي أنه استوفى ما لفلان الميت عند فلان من وديعة، أو مضاربة، أو شركة، أو بضاعة، أو عارية، ثم قال بعد ذلك: إنما قبضت منه مائة، وأقر المطلوب أنه كان للميت عنده ألف درهم، فهذا على وجهين: إما أن أقر الوصي بالاستيفاء أو لا، ثم أقر المطلوب أنه كان ألفاً، أو أقر المطلوب أنه كان للميت عنده ألف درهم، ثم أقر الوصي باستيفاء ما عنده، وقول الوصي: وهي مائة إما أن يكون موصولاً بإقراره أو مفصولاً، فإن أقر الوصي بالاستيفاء أولاً، ثم قال بعد ذلك: قبضت مائة، وقال المطلوب: كان ألف درهم، وقد قبضها، فإن الوصي لا يضمن أكثر مما أقر بقبضه، ويكون المطلوب بريئاً عن الجميع كما في الدين، فإن قامت البينة أنه كان عند المطلوب ألف درهم، فإن الوصي ضامن لذلك كله، وذلك لأن بيان الوصي أن ما قبض مائة غير صحيح متى كان مفصولاً؛ لأنه متى صح هذا البيان، صار المطلوب ضامناً لتسعمائة؛ لأنه يصير جاحداً للتسعمائة بقوله: قبضت مني ألف درهم، ولم يكن الوصي قبض منه ذلك، والأمين يضمن بالجحود، والبيان من الوصي مفصولاً لا يصح متى كان في البيان إيجاب ضمان على الغير[1]، كما لا يصح إذا كان فيه إبطال براءة ثبت للغريم، وتقررت بإقراره، وإذا لم يصح منه هذا البيان، فكأنه قال: استوفيت جميع ما عند المطلوب ولم يقل: وهو مائة، ثم قامت البينة على أنه كان عند المطلوب

---

(١) هكذا في "ب" و"ظ"، وكان في "م": الغريم.

ألف درهم، وهناك يصير ضامناً لتسعمائة؛ لأنه يصير جاحداً للزيادة على المائة بعد ما ثبت قبضه بخلاف ما لو أقر بذلك، ولم يقم البينة؛ لأنه لو ضمن، ضمن بقول المطلوب، وإنه شهادة فرد، ولا يضمن المطلوب؛ لأنه لو ضمن، ضمن بقول الوصي: إنه قبض مائة، والباقي عندك، وقد جحدته لما ادعيت قبض الكل.

هذا إذا قاله مفصولاً، فأما إذا قاله موصولاً، ثم أقر المطلوب أن ما عنده كان ألف درهم، فإن القول قول الوصي: إنه قبض منه مائة، ولا يتبع المطلوب بشيء بخلاف ما لو كان هذا في الدين، فإنه يتبع الغريم بالباقي ذلك؛ لأن البيان منه صحيح متى كان موصولاً، فيثبت قبض المائة لا غير بإقراره إلا أن المطلوب لا يضمن الباقي؛ لأنه يقول: دفعت الباقي إلى الوصي، وهو أمين في الباقي، فيصدق في حق براءة نفسه عن الضمان إن كان لا يصدق في إيجاب الضمان على الوصي بخلاف المديون؛ لأنه لم يثبت من الغريم إلا قبض مائة لما صح منه البيان إلا أن الغريم ادعى إيفاء الباقي إلى الوصي، وأنكر الوصي، فيكون القول قول الوصي إنه لم يستوف.

٢٠٩٠٧ - هذا إذا أقر الوصي أولا بالاستيفاء، فأما إذا أقر المطلوب أولا أن الأمانة عنده ألف درهم للميت، ثم أقر الوصي أنه استوفى جميع ما عنده وهو مائة موصولاً أو مفصولاً، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أقامت البينة أن المال عند المطلوب كان ألف درهم؛ لأنه غير متهم في هذا الإقرار؛ لأنه بهذا الإقرار ليس يوجب حقا على غيره، وإنما يقر على نفسه، وإذا انتفت التهمة عن إقراره، صار الثابت به كالثابت بالبينة، ولو ثبت بالبينة إن قاله مفصولاً، صار ضامناً للكل، وإن قاله موصولاً لا يلزمه إلا ما أقر بقبضه إلا أنه لا يتبع المطلوب بشيء بخلاف الدين على ما بينا.

٢٠٩٠٨ - قال: وإذا أقر وصي الميت أنه قبض كل دين لفلان الميت على الناس، فجاء غريم لفلان الميت، فقال للوصي: قد دفعت إليك كذا وكذا، وقال الوصي: ما قبضت منك شيئاً، ولا علمت أنه كان لفلان عليك شيء، فالقول قول الوصي، ولا يثبت البراءة للغرماء بهذا الإقرار الذي وجد من الوصي؛ لأن الإقرار بالاستيفاء حصل للمجهول؛ لأنه لم يضف الاستيفاء إلى جميع ما للميت من الديون إلى رجل بعينه، فإنه لم يقل: استوفيت جميع ما للميت من الديون على الناس من هذا، وإنما أضافه إلى

يبرأ جميع غرماء الميت عن نصيبه؛ لأنه أقر باستيفاء جميع نصيبه من الديون التي تركها الميت على الناس من هذا الوجه، وإنه متصور، بأن يتبرع عنهم بقضاء نصيبه، أو كان مأموراً من جهتهم، فكان إقراراً بحصول معلوم، وما أقر به متصور.

٢٠٩١٠ - ولو أن وصياً أقر أنه قبض جميع ما في منزل فلان من متاعه وميراثه، ثم قال بعد ذلك: وهو مائة وخمسة أثواب، وادعى الوارث أنه كان أكثر من ذلك، وأقاموا البينة أنه كان في ميراث الميت يوم مات في هذا البيت ألف درهم ومائة ثوب، فإنه لا يلزم الوصي إلا قدر ما أقر بقبضه، وإن قال: وهو مائة مفصولاً عن إقراره.

فرق بين هذا وبين الدين، فإنه لو أقر أنه استوفى جميع ما للميت من الدين على فلان، ثم قال مفصولاً: وهو مائة، ثم قامت البينة أن الدين كان عليه ألفاً، فإن الوصي يكون ضامناً الألف كلها، وإنما كان كذلك لأن البيان في مسألتنا صح من الوصي، وإن كان مفصولاً؛ إذ ليس في الحكم بصحته إبطال براءة ثابتة للغير، أو إيجاب ضمان على الغير، فيصح منه هذا البيان كما لو ذكره موصولاً، وإذا صح هذا البيان، وإن كان مفصولاً، صار كأنه قال موصولاً: وهو مائة، وخمسة أثواب، ولو قال: كذلك يثبت قبض ما أقر به، ولا يثبت قبض الباقي، فكذا هذا.

وقياس هذا من الدين أن لو قال: وهو مائة موصولاً، فإنه لا يلزمه إلا قدر ما أقر به، والباقي يبقى على الغريم، بخلاف ما لو قال مفصولاً في باب الدين: وهو مائة؛ لأن البيان منه لم يصح في حق الغريم؛ لما فيه من إبطال حق البراءة للغريم فيما زاد على المائة بإقراره أنه استوفى منه جميع ما عليه، وإذا لم يصح البيان، فكأنه قال: استوفيت جميع ما عليه، ولم يقل: وهو مائة، ثم قامت البينة أنه كان ألفاً، وهناك يلزمه الألف، فكذا هذا - والله أعلم -.

النوع الثامن عشر

في دعوى الوصاية وإثباتها

٢٠٩١١ - بعض مسائل هذا النوع ذكرناها في كتاب أدب القاضي، والمسألة

في يديه خصم له أقر بالمال، أو جحده، أما إذا جحده فلأنه زعم أن ما في يده ملكه، فينتصب خصمًا له بحكم اليد، وأما إذا أقر: فلأن المودع والغاصب ينتصبان خصمًا للمالك، ولمن قام مقامه، والوصي قام مقام الميت في حقوقه كالوارث، فلهذا ينتصب خصمًا، فيقبل القاضي البينة عليه، ويأمره بالدفع إليه.

فإن دفع ذلك الرجل المال إليه بأمر القاضي، ثم جاء صاحب المال حيًا، فهذا على وجهين: إما أن يهلك المال في يد الوصي أو كان قائمًا، أما الوجه الأول ما إذا هلك المال في يد الوصي: فنقول: لا ضمان على الشهود وإن ظهر كذبهم؛ لأنهم لم يشهدوا إلا بحق القبض للوصي، ولهذا لا يوجب الضمان كما في حالة الحياة، ثم بعد هذه المسألة على ثلاثة أوجه. إما أن يكون [المال](1) الذي قبضه المال غاصبًا أو مودعًا أو غريمًا، فإن كان غاصبًا كان لصاحب المال أن يضمنه إن شاء؛ لأنه كان ضامنًا بسبب الغصب السابق، ولم يبرأ بالتسليم إلى المدعي؛ لأنه ظهر أنه لم يكن نائبًا عن المالك، وإن شاء، ضمن المدعي للوصاية؛ لأنه قبض ماله بغير حق، فإن ضمن الغاصب، رجع على مدعي الوصاية؛ لأنه ملكه من وقت الغصب بأداء الضمان، فيرجع عليه كما في غاصب الغاصب.

وليس بمستقيم قول من قال: بأنه إنما قبض بناء على تسليمه ودفعه؛ لأنه إنما دفع المال إليه بناء على أنه نائب الوصي، وأن القابض نائب عنه، فإذا ظهر أن المدعي مالكه، ظهر أنه لم يكن راضيًا بالدفع، وكان له أن يرجع به عليه، وإن ضمن المدعي للوصية به، لم يرجع به على الغاصب؛ لأنه بمنزلة غاصب الغاصب متى أدى الضمان لا يرجع به على الغاصب، وإن كان الذي في يديه المال مودعًا، فلا ضمان عليه؛ لأنه كان مكرهًا ومجبرًا في الدفع، فلا يضمن كما لو غصبها منه غاصب بخلاف ما إذا كان الذي في يديه المال ضامنًا؛ لأن هناك الضمان كان واجبًا، حاجته إلى البراءة، وبالتسليم إلى من لم يؤمر بالتسليم إليه من جهة المالك، لا يبرأ عن الضمان، وإن كان مجبرًا في التسليم، أما في الوديعة الضمان لم يكن واجبًا أو وجب إنما يجب بالتسليم وهو كان مجبرًا في التسليم، ولكن الوصي ضامن، وإن قبض بأمر القاضي إلا أن أمر القاضي إياه لم يصح

(1) زيادة من م.

لما ظهر صاحب المال حيًا، فصار قابضًا ماله بغير إذنه، وبغير إذن من يلي عليه، فكان ضامنًا، وإن كان المال دينًا على رجل، فليس لصاحب الدين حق تضمين المدعي للوصاية؛ لأنه ما قبض له، بل قبض مال المديون؛ لما عرف أن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، ولكنه يضمن الذي عليه الدين؛ لأن الدين كان واجبًا عليه، ولم يبرأ بالدفع إلى المدعي؛ لأن أكثر ما في الباب أن الدفع كان بأمر القاضي إلا أنه ظهر أن أمر القاضي بالدفع، كان حال حياته، فكان باطلا، فلهذا كان له حق تضمينه، وإذا ضمنه كان له أن يرجع على المدعي للوصاية بما قبض منه لوجهين: أحدهما: أنه إنما رضي بالدفع إليه ليحصل له براءة ذمته، فإذا لم يحصل له ذلك لم يكن راضيًا، وكان له حق الرجوع، والثاني: أن المدفوع ليحصل به البراءة مدفوع بجهة المعاوضة؛ لأنه يصير مشتريًا ما في ذمته بما يؤدي، والمقبوض بجهة المعاوضة مضمون كالمقبوض بحقيقة المعاوضة.

وأما الوجه الثاني: وهو ما إذا كان المال قائمًا في يد مدعي الوصاية، فصاحب المال بالخيار إن شاء، أجاز قبض المدعي للوصاية، وإن شاء لم يجز، أما في الوديعة والغصب فلأن المقضي له بالوصاية قبض مال غيره بغير إذن صاحبه، فتوقف على إجازته، وأما في الدين فلأن من عليه الدين صار مشتريًا ما في ذمته من هذا القابض بما أدى بغير إذن من له الدين، فصار كشراء مال إنسان من فضولي، فيتوقف على إجازته مادام المقبوض قائمًا، فإن لم يجز كان له أن يضمن الغاصب والغريم؛ لأن الضمان كان واجبًا عليهما، والبراءة إنما تحصل إما بالإبراء، أو بالدفع إلى المالك، أو إلى نائب المالك ولم يوجد، وإن أجاز قبضه، برئ الغريم والغاصب حتى لو ضاع ما في يد الوصي بعد الإجازة قبل قبض المالك، لم يكن للمالك على الغريم والغاصب سبيل؛ لأن الإجازة صحت لقيام القبض ببقاء المقبوض، والإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، ولو أذن له في الابتداء، كان الجواب كما قلنا، فكذا إذا أجاز في الانتهاء.

وحكى عن الكرخي عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يتوقف القبض على إجازة المالك؛ لأن التوقف إنما يكون للعقود دون الأفعال، وكان المذكور ههنا قول محمد رحمه الله.

٢٠٩١٣- هذا الذي ذكرنا إذا جاء صاحب المال حيًا، فلو أنه لم يأت صاحب

المال، ومات ولم تقع ميرته، ثم جاء وارثه، ووجد الشهود عبيداً، وباقي المسألة بحالها، فلا ضمان على الذي قبله المال في هذا كله، ولا على الشاهدين؛ أما عليهما فلأن كذبهما لم يظهر بيقين فيما شهدا، لأن حال الشهود بموته حين لا يضمن، فهذا أولى، وأما على الذي قبله المال، أما المودع، فلما مر في الوجه الأول، وأما الغاصب والغريم فلأن القاضي أمرهما بالدفع إلى المدعي بناء على حق القضاء في تنفيذ طريق الإيصاء ببينة أقامها المدعي، وببطلان البينة لم تبطل ولاية القاضي؛ لأنه يملك نصب الوصي للميت ليقبض حقوقه إذا لم يكن له وصي، وكان الوارث غائباً.

والأصل أن ولاية القاضي فيما يقضي متى بطلت إلى ولاية لا يملك بها ذلك التصرف، لم يجز تنفيذ قضائه كبينة قامت على رجل ميت بالدين، فبيع القاضي ماله، ثم ظهر أن الشهود عبيد، فالبيع لا ينقض؛ لأن للقاضي ولاية بيع مال الميت، وههنا كذلك، ولكن الوارث أن يضمن القابض في جميع هذه الوجوه؛ لأن القابض إنما قبض بناء على سبب ظهر بطلانه، وهو كونه وصياً من جهة الميت، وإنما لم يضمن الدافع باعتبار أنه دفعه بأمر القاضي، ولم يتبين فساد أمره في حق الدافع، ولا في حق القاضي، فأما القابض فغير مجبر بأمر القاضي إنما اعتمد وجهاً باطلاً في حق نفسه، فيصير القابض في حق نفسه ضميناً، وفي حق الدافع وصياً أميناً، ومثل هذا جائز، ألا ترى أن القاضي لو أمر الدافع بالدفع إلى أخي الميت، ثم ظهر ابن للميت، فالدافع لا يضمن، والقابض يضمن، كذا ههنا.

النوع التاسع عشر

في عزل الوصي وفي ضم الوصي إلى الوصي

٢٠٩١٤ - قال: الوصي إذا خان، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله، أن القاضي يضم إليه أميناً يمنعه من الخيانة، أو يخرجه من الوصاية، وأشار محمد رحمه الله في كتاب المكاتب في باب مكاتبة الوصي: أن القاضي يخرجه من الوصاية، وإذا كان الوصي عدلاً إلا أنه يعجز عن القيام بمصالح الصغير، وعن التصرف في ماله، اختلف المشايخ رحمهم الله فيه أيضاً، والصحيح أن القاضي لا يخرجه، بل يضم إليه أميناً يعينه

على ذلك.

ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرح هذا الكتاب: وأما إذا كان عدلا كافيا لا ينبغي للقاضي أن يعزله، ولكن مع هذا لو عزله ينعزل، وينصب وصيا آخر، ذكر شيخ الإسلام هذا في كتاب الوصايا في باب الوصي والوصية.

٢٠٩١٥- وفي «فتاوى الفضلي»: وصي على وقف، أو في تركة ميت عجز عن القيام بأمر الميت أو الوقف، وأقام الحاكم قيما آخر، ثم قال الوصي بعد أيام: صرت قادرا على القيام بما فوض إلي، هل يعيده الحاكم إلى ما كان؟ قال: هو وصي على حاله لا يحتاج إلى إعادة الحاكم؛ لأنه لم يذكر في المسألة أن الحاكم أقام قيما آخر مقامه حتى يقتضي ذلك عزل الأول، إنما ذكر أنه قام فيه آخر، والأول لا ينعزل بنصب آخر إليه.

النوع العشرون

في الشهادة على الإيصاء من الوصي ومن غيره:

٢٠٩١٦- قال: وإذا أوصى إلى رجلين، ثم إنهما شهدا أنه أوصى إلى فلان معهما، فهذا على وجهين: إما أن كان المشهود له يدعي ذلك أو يجحد، فإن كان يدعي: فالقياس أن لا يقبل شهادتهما، وفي الاستحسان: يقبل، وجه القياس أنهما بشهادتهما يجران إلى أنفسهما منفعة؛ لأنهما بشهادتهما يثبتان لأنفسهما معينا يستعينان به في أعمال الميت، فكان لهما في هذه الشهادة منفعة، فكان يجب أن لا يقبل شهادتهما.

وجه الاستحسان: أنهما لو لم يشهدا بذلك، ولكن سألا من القاضي أن يدخل معهما هذا الرجل، وهو يريد ذلك، كان للقاضي أن يدخل معهما الثالث، وإن لم يثبت كون الثالث وصي الميت بشهادة عدلين، فإذا ثبت كونه وصي الميت بشهادتهما أولى، وإذا كان للقاضي إدخال هذا الثالث معهما في الوصية إذا كان الثالث يريد ذلك من غير شهادتهما لا يكون نصب هذا الثالث من القاضي وصيا معهما في تركة الميت مضافا إلى شهادتهما، هذا إذا كان المشهود له يدعي ذلك، فأما إذا كان لا يدعي فإن شهادتهما لا

تقبل قياساً واستحساناً .

وإن كان الورثة يدعون ذلك والثالث يجحد [illegible] فالمعنى واحد ، وهو أن القاضي لو أراد أن يدخل معهما هذا الثالث إذا سألا ذلك من القاضي ، ولم يشهدا بذلك ، لا يكون للقاضي أن يجعل الثالث وصياً معهما إذا كان الثالث لا يريد ذلك ، ولو جعله وصياً معهما ، فإنه يجعله وصياً بدون شهادتهما ، ولا يجوز أن يجعل الثالث وصياً بشهادتهما ؛ لأنهما في ذلك متهمة بخلاف ما لو كان الثالث مريداً لذلك ؛ لأن للقاضي أن يجعله وصياً معهما متى سألا ذلك ، ولم يشهدا ، فإذا شهدا أولى ، وإن كانت الورثة لا يدعون كون الثالث وصياً معهما لا تقبل شهادة الوصيين قياساً واستحساناً لوجهين : أحدهما : أنه لا يدعي في هذه الشهادة ، والشهادة متى قامت على حق من حقوق العباد لا تقبل من غير دعوى ، ولم توجد الدعوى لا من الموصى ولا من الوارث ، والمعنى الثاني ما ذكرنا أنه ليس للقاضي أن يدخل هذا في الوصاية بسؤال الوصيين إذا كان الثالث لا يريد ذلك إلى آخر ما ذكرنا

قال في " الأصل " : وإذا كذبهما المشهود عليه أدخلت معهما رجلاً آخر سوى المشهود عليه ؛ لأنهما قد أقرا أن معهما وصياً آخر ، فقد أقرا بعجزهما عن التصرف في مال الميت على ما عرف أن أحد الأوصياء لا ينفرد بالتصرف ، وقد تعذر أن يجعل المشهود عليه وصياً ما لم تقبل شهادتهما إذا كان المشهود عليه لا يريد الإيصاء ، وكان للقاضي أن يدخل معهما ثالثاً ، كما لو أوصى إلى ثلاثة ، ثم مات أحد الأوصياء ، ولم يوص إلى آخر كان للقاضي أن ينصب معهما ثالثاً ، فكذا هذا

من مشايخنا رحمهم الله من قال : ما ذكر أنه يدخل معهما ثالثاً قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله ؛ لأنهما أقرا أنهما عاجزان عن التصرف في مال الميت بدون الثالث ، وقد تعذر جعل المشهود عليه وصياً بشهادتهما لما قلنا ، فكان للقاضي أن ينصب آخر معهما كما لو مات أحدهم ؛ فأما عند أبي يوسف رحمه الله لم يقرا بالعجز ؛ لأن لكل واحد من الأوصياء أن ينفرد بالتصرف في مال الميت عند أبي يوسف رحمه الله .

ومنهم من يقول : لا ، بل المذكور في الكتاب قول الكل وهو الظاهر ، فإنه لم

يحك فيه خلافًا، فيحتاج إلى أن يذكر لأبي يوسف رحمه الله وجهًا آخر، وهو أن في نصب الثالث وصيًا نوع منفعة للميت حتى إذا همّ به الآخران بخيانة، فإن الثالث يمنعهما، فإن لم يمنعهما رفع الأمر إلى القاضي حتى يعزلهما، فكان للقاضي أن ينصب معهما ثالثًا عند أبي يوسف؛ ليحصل المنفعة التي ابتغاها الميت من الإيصاء إلى ثلاثة نفر، وإن لم يكن له إدخال الثالث معهما لمكان العجز، وإن صدقهما، وقال: لا أقبل الوصية، قيل: أدخلت معهما ثالثًا؛ لأن للوصي أن لا يقبل الوصية بخلاف ما لو قبل، ثم أبى، فإنه لا يعمل رده وإباءه.

٢٠٩٩٧ - قال: وإذا شهد شاهدان أن أباهما أوصى إلى فلان، وقبل ذلك فلان، وفلان يدعي، فالقياس أن لا تقبل شهادتهما، وفي الاستحسان: تقبل، وجه القياس أنهما يشهدان أن أباهما وكل هذا بعد وفاته في أسبابه، ولو شهدا حال حياته، أنه وكل هذا بقبض حقوقه، وقبل، والأب غائب والوكيل يدعي وغرماء الميت[1] يجحدون لا تقبل هذه الشهادة، فكذا هذا، بل أولى؛ لأنه لا منفعة لهما في كونه وكيلا حال حياة الأب، إنما المنفعة لأبيهما لا غير، وبعد وفاة الأب كما أن للأب منفعة في كون هذا وصيًا له، فإنه ينفذ وصاياه، ويقضي ديونه، ويحفظ تركته حتى إذا ظهر دين أو وصية، فإنه يمكنه القضاء، وللورثة في ذلك منفعة أيضًا، فإن الوصي يستخرج أموال الميت من الناس، ويجمعها حتى يأكله الورثة، فإذا لم يقبل شهادتهما بكونه وكيلا لأبيهما حال حياة الأب، فبعد وفاة الأب أولى، والدليل عليه ما لو شهدا أن فلانًا أوصى إلى أبيهما، وأنه قد قبل وفلان يدعي، فإنه يقبل شهادتهما؛ لأنهما يشهدان لأبيهما باليد والولاية في مال الميت[2]، فلم يقبل شهادتهما، فكذا هذا.

وجه الاستحسان: أن ابني الميت لو لم يشهدا بذلك، ولكنهما سألا من القاضي أن يجعل هذا وصيًا من غير شهادة كان للقاضي ذلك، إذا كان الوصي يريد الإيصاء، ويرغب فيه، وإن لم يثبت كونه مرضي الميت بشهادة عدلين، فحال ما يثبت كونه مرضي الميت بشهادة عدلين أولى.

(١) وفي م: الأب.

(٢) وفي م: الميت.

وقبل ذلك، وفلان يدعي القياس أن لا تقبل هذه الشهادة، وفي الاستحسان: تقبل.

وجه القياس: أنهما بهذه الشهادة يجران إلى أنفسهما مغنمًا؛ فإنهما يقصدان تثبيت من يطالبانه بالدين، ويخاصمان معه، والشاهد متى جر بشهادته مغنمًا لا تقبل شهادته؛ لأنه كالشاهد لنفسه، ألا ترى أنه لو شهد حال حياة الميت أنه وكل فلانًا بقضاء دينهما، والوكيل يدعي والغريم غائب، فإنه لا يقبل بشهادتهما؛ لأنهما بشهادتهما يجران إلى أنفسهما مغنمًا من الوجه الذي ذكرنا، فكذا هذا.

وجه الاستحسان: أن ربي الدين لو سألا من القاضي أن ينصب هذا وصيًا بعد موت المديون حتى يقضي دينهما، ويطالبانه بذلك، وهو يرغب في قبول الوصايا، كان للقاضي أن ينصب هذا وصيًا بطلب ربي الدين، وإن لم يثبت كونه مرضي الميت، وإذا كان للقاضي نصب الوصي بدون شهادة رب الدين، فمع شهادتهما أولى بخلاف ما لو شهدا بالدين حال حياة المديون، والمديون غائب أنه وكل هذا بقضاء دينه، فإنه يقبل شهادتهما؛ لأن ربي الدين لو طلبا من القاضي أن ينصب هذا وكيلًا عن الغائب حتى يخاصمانه في الدين، ويقضي دينهما، فإن القاضي لا يجعله وكيلًا عن الغائب بطلبهما، وإذا لم يكن للقاضي نصب الوكيل عن الميت في قضاء دينه، وإن كان الوكيل يرغب بذلك، لم يكن له أن ينصب بشهادتهما؛ لأنهما بهذه الشهادة يجران إلى أنفسهما مغنمًا.

٢٠٩١٩- هذا إذا كان الوصي يدعي ذلك، وإن كان لا يدعي إن كان ورثة الميت وغير الشاهدين من غرماء الميت يدعون ذلك، فإنه لا يقبل شهادتهما قياسًا واستحسانًا لا لعدم الدعوى؛ لأن الدعوى وجدت ممن هو بسبيل من هذه الدعوى، ولكن لأن القاضي لا يقدر أن ينصب هذا وصيًا في تركة الميت إذا كان لا يرغب في الإيصاء بطلبهما، ولو جعله وصيًا إنما يجعله بشهادتهما، ولا يجوز نصب الوصي بشهادتهما؛ لأن لهما في هذه الشهادة منفعة.

وإن كانت الورثة وبقية الغرماء لا يدعون وصايته قائمًا، لا تقبل قياسًا واستحسانًا للوجهين اللذين ذكرنا، وكذلك إذا شهد رجلان عليهما دين للميت أن الميت أوصى إلى فلان وفلان يدعي، فالمسألة على القياس والاستحسان، وجه القياس أنهما بشهادتهما

يجران إلى أنفسهما نفعًا، فإنهما يحتاجان إلى أخذهما من يقضي الدين منهما، فيبرئان من الدين، فيجب أن لا تقبل شهادتهما كما لو شهدا حال حياة رب الدين أنه وكل فلانًا بقبض ما عليهما من الدين، وجه الاستحسان ما بينا: أن للقاضي أن ينصب هذا وصيًا بطلبهما من غير شهادة إذا كان الموصي يريد الوصاية، ويرغب فيه، فعند الشهادة أولى، وأما إذا كان الوصي لا يدعي ذلك، فإن كانت الورثة يدعون، لا تقبل قياسًا واستحسانًا لا لعدم الدعوى، ولكن لأن نصب الوصي في هذه الحالة مضاف إلى شهادتهما، وهذا لا يجوز؛ لأن لهما في هذه الشهادة منفعة، وإن كانت الورثة يجحدون، ولا يدعون ذلك، لا تقبل قياسًا واستحسانًا لعدم الدعوى، وللمعنى الآخر الذي مر حالة الدعوى من الورثة.

٢٠٩٢٠ - وإذا شهد ابنا الموصي أن أباهما أوصى إلى رجل، والموصي يدعي، والورثة لا يدعون، فإنه لا تقبل هذه الشهادة قياسًا واستحسانًا؛ لأنهما يشهدان لأبيهما، لأنهما يشهدان له بالتصرف في تركة الميت، وليس للقاضي أن ينصب هذا وصيًا في تركة الميت بطلبهما من غير شهادة، وإن كان الموصي يرغب في الوصاية؛ لأنهما ليسا بسبيل من تركة الميت، وإذا لم يكن له أن ينصب هذا وصيًا بطلبهما من غير شهادة، وإن كان الموصي يرغب في الوصاية، لم يكن له أن ينصب بشهادتهما؛ لأن النصب حينئذ يكون مضافًا إلى شهادتهما، وهذا لا يجوز؛ لأنهما يشهدان لأبيهما.

فأما إذا كان الموصي يجحد والورثة يدعون، فإنه تقبل هذه الشهادة؛ لأن المدعي وجد، لأن هو بسبيل من هذه الدعوى، وما يحصل للأب من المنفعة من الوصي الذي هو منفعة مجحودة، والمنفعة المجحودة للأب لا تمنع قبول الشهادة، كما لو شهد الإنسان أن أباه باع هذا العين من فلان، والأب يجحد البيع، فإنه تقبل هذه الشهادة، وإن كان للأب فيه منفعة؛ لأنها منفعة مجحودة. ولو ادعى الأب لا تقبل، كذا هذا.

وإن كانت الورثة لا يدعون لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنه لا يدعي لهذا، وشهادة الأخ في هذا مقبولة؛ لأنه شهد لأخيه، وشهادة الأخ لأخيه مقبولة، وشهادة الشريكين المتفاوضين أو غير المتفاوضين في هذا جائز؛ لأن الإيصاء غير داخل تحت المفاوضة، وما لم يدخل تحت المفاوضة، فالحال فيه بعد المفاوضة كالحال قبلها.

٢٠٩٢١- وإذا شهد ابنا أحد الوصيين أن فلانًا أوصى إلى أبينا وفلان معًا إن كان الأب يدعي، فإنه لا تقبل هذه الشهادة، لا في حق الأب، ولا في حق الأجنبي، أما في حق الأب فلا شك فيه، وأما في حق الأجنبي فلأنهما شهدا بكلمة واحدة، وقد بطل بعضها، فيبطل الباقي، هكذا قال محمد رحمه الله في كتاب الطلاق: ولو شهدا أن فلانًا قذف أمنا، وفلانة بكلمة واحدة لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن هذه شهادة واحدة قد بطل بعضها، فبطل كلها.

وإن كان الأب لا يدعي، ويدعيه الورثة، فإن الشهادة تقبل وإن كان للأب في ذلك منفعة؛ لأنها منفعة مجحودة، وإن كان الأب لا يدعي، ولا شريك الأب ولا الورثة لا تقبل هذه الشهادة لعدم الدعوى

٢٠٩٢٢- قال: وإذا شهد شاهدان أنه أوصى إلى هذا، وإنه رجع عن ذلك، وأوصى إلى هذا الآخر، أجزت شهادتهما، خلت عن التهمة. وإذا شهد شاهدان أن الميت أوصى إلى هذا الرجل، ثم شهد ابنا الوصي أن الموصي عزل أباهما عن الوصاية، وأوصى إلى فلان، أجزت شهادتهما؛ لأنهما يشهدان على أبيهما للأجنبي، فإنهما يبطلان يد أبيهما، وما ثبت له من الولاية في تركة الميت.

٢٠٩٢٣- قال: ولو شهدا أنه أوصى إلى أبيهما، ثم عزله عن الوصاية، وأوصى إلى هذا أجزت شهادتهما؛ لأنهما في الحاصل يشهدان على أبيهما، قال: ولو شهد على ذلك ابنا الميت أو غريمًا الميت لهم عليه دين، أو له عليهما دين وفلان يدعي، فالمسألة على القياس والاستحسان الذي ذكرنا.

٢٠٩٢٤- وإذا شهد شاهدان أن فلانًا جعل هذا وكيلًا في جميع ما ترك بعد موته، جعلته وصيًا له؛ لأن الوكالة والوصاية ينبئان عن معنى واحد، ألا ترى أن من قال لآخر: كن وصيي في حياتي صار وكيلًا؛ لأنهما ينبئان عن معنى واحد، وإذا قال: جعلته وصيًا، فهذا وما لو قال: أوصيت إليه سواء، فيصير وصيًا

٢٠٩٢٥- وإذا شهد أحد الشاهدين أنه أوصى إلى فلان يوم الخميس، وشهد الآخر أنه أوصى إليه يوم الجمعة، تقبل هذه الشهادة؛ لأن المشهود به قول، واختلاف الشهود في الأقوال من حيث الزمان والمكان لا يمنع قبول الشهادة.

النوع الحادي والعشرون

في شهادة الوصي للميت أو للوارث بشيء وشهادته على الميت وشهادته على الوارث:

٢٠٩٣٦- قال محمد رحمه الله: شهادة الوصي للميت بدين، أو غير ذلك باطلة، سواء كانت الورثة صغاراً أو كباراً، إذ كانت صغاراً، فلأنه هو المولى في مال الصغير، والقابض لذلك؛ فصار كالشاهد لنفسه، وإن كانوا كباراً، فلأن للوصي قبض دين الميت، وإن كان الورثة كلهم كباراً حضوراً كانوا أو غيباً، حتى يبرئ الغريم عن الدين، وله بيع العروض حال غيبتهم، وإن لم يكن له البيع حال حضرتهم، وإذا كان له قبض مال الميت، وإن كانت الورثة كباراً، صار شاهداً لنفسه، فلا تقبل شهادته كما لو كانت الورثة صغاراً كلهم.

قال: وإذا شهد لبعض الورثة على الميت دين أو غيره، والوارث صغير، فإنه لا تقبل شهادته؛ لأن الوارث إذا كان صغيراً، فالقبض والتصرف للوصي، فصار كالشاهد لنفسه، وكذلك لو شهد بدين على الأجنبي لا تقبل؛ لأنه هو القابض لذلك والمتصرف فيه، فصار كالشاهد لنفسه، وإن كان الوارث كبيراً، وقد شهد له بالدين على الميت، فكذلك على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا تقبل هذه الشهادة، وقالا: تقبل، وأجمعوا على أنه إذا شهد للوارث الكبير بدين، أو غيره على الأجنبي، فإنه تقبل شهادته.

وجه قولهما وهو أنه يشهد للوارث بما لا يكون قبض ذلك إليه، فوجب أن تقبل هذه الشهادة قياساً على ما شهد للوارث الكبير بدين أو غيره على الأجنبي بخلاف ما لو كان الوارث صغيراً؛ لأنه هو القابض لذلك، ألا ترى أنه لو شهد للوارث الصغير بدين، أو غيره على الأجنبي، لم تقبل شهادته، فكذا على الميت بخلاف ما نحن فيه.

وأما أبو حنيفة رحمه الله: فذهب في ذلك إلى أن الوصي قائم مقام الموصي، والموصي لو شهد في مرض موته بدين للوارث على نفسه لم تقبل شهادته؛ لما فيه من إيثار بعض ورثته على بعض بشيء من ماله، فكذا الوصي الذي قام مقامه بخلاف ما لو

النوع الثاني والعشرون

في أمر الوصي غيره بالتصرف في التركة وفي قبض الوصي تركة الميت من منزل الميت:

٢٠٩٢٩ - وإذا أمر الوصي مودع الميت بأن يهب الوديعة، أو يقرض، أو يتصدق بها، ففعل، ضمن المودع؛ لأن الوصي لا يملك ذلك بنفسه، فلا يصح أمره به، فبقي المودع فاعلا بغير أمر فيضمن، ولو أمره بالدفع إلى فلان، ففعل لم يضمن؛ لأنه كالآمر لفلان بالقبض، وهو إيداع وله ذلك، وكذا لو أمره أن يدفعه مضاربة إلى فلان، أو أن يعمل به مضاربة فلا ضمان؛ لأن الوصي يملك فعله بنفسه، فيملك أمره به.

٢٠٩٣٠ - قال في المحيط: رجل مات وعليه ودائع لقوم شتى، وترك أموالا وعليه دين يحيط بماله، وترك ورثة وأوصى إلى رجلين فقبض أحد الوصيين المال والودائع بغير أمر من صاحبه فلا ضمان عليه. أما عند أبي يوسف رحمه الله فلأن عنده أحد الوصيين ينفرد بعامة التصرفات، وعندهما أحد الوصيين ينفرد بأشياء مخصوصة، منها رد الودائع والمغصوب الذي في منزل الميت، ومنها قضاء الدين من المال الذي هو في منزل الميت، وإذا كان رد المغصوب والوديعة وقضاء الدين من المال العين مما ينفرد به أحد الوصيين فإذا قبض أحد الوصيين ذلك من منزلة الميت ليقضي به الدين أو ليردها على أصحابها فقد قبض ماله حق القبض فلا يضمن كما لو كان الوصي واحدا. ولو لم يكن على الميت دين ففعل أحد الوصيين شيئا مما وصفنا وهلك فلا ضمان عليه؛ لأن أحد الوصيين ينفرد بقبض تركة الميت من منزله حتى يوصلها إلى الورثة فقد قبض ما له حق القبض فلا يكون مضمونا عليه.

ولو كان ما للميت وما عنده من الودائع والمغصوب كلها وديعة في يدي رجل أو غصبا أودعها الميت حال حياته، أو غصبها رجل من الميت حال حياته، فقبض أحد الوصيين ذلك، وهلك في يده، فالدافع ضامن، وكذلك الوصي عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله؛ لأن أحد الوصيين عندهما لا ينفرد بقبض مال محفوظ(١) لو كان الوصي واحدا فلا ضمان.

(١) وفي ف: ولو كان.

الفصل الثاني والثلاثون
في الوصية بنصيب ابن لو كان أو بمثل نصيب ابن
فيجيز الورثة أو لا يجيز أو يجيز بعضهم

٢٠٩٣١- ما يجب اعتباره في هذا الفصل أن الموصي إذا قدر وصية الموصى له بنصيب وارث معدوم يصحح الفريضة أولا بين الموجودين ، ثم يزاد عليها نصيب ذلك الوارث الذي سماه الموصي ، ثم يحول نصيبه إلى الموصى له يجعل هكذا إلا إذا تعذر تصحيح الفريضة بين الموجودين أولا على ما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- وإنما فعلنا هكذا لأن الموصي أقام الموصى له مقام من سماه وحول نصيب المسمى إليه ، فلا بد من معرفة نصيب المسمى ليحول ذلك إلى الموصى له ، وطريق معرفته ما قلنا

٢٠٩٣٢ قال محمد رحمه الله : رجل هلك ، وترك أمًا وابنًا ، وأوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت ، فالوصية من سبعة عشر سهمًا للموصى له خمسة أسهم ، وللأم سهمان وللابن عشرة أسهم . والوجه في ذلك أن نبين الفريضة أولا لولا الوصية ، فنقول : لولا الوصية كانت الفريضة من ستة للأم السدس سهم والباقي للابن خمسة ، فإذا أوصى بنصيب بنت لو كانت يزاد على الفريضة نصيب بنت ونصيب البنت نصف نصيب الابن ، فيزاد على أصل الفريضة سهمان ونصف ، فصار ثمانية ونصفًا ، فوقع الكسر ، فوجب التضعيف ، فصار سبعة عشر ، وصار كل حق ضعف ذلك يعطى الموصى له أولا خمسة ؛ لأن وصيته حصلت بأقل من الثلث ، فتكون مقدمة على الميراث يبقى ثمة اثنا عشر ، يعطى الأم سدس ذلك سهمان يبقى ثمة عشرة يعطى الابن ، فظهر أنا أعطينا الموصى له نصيب بنت لو كانت نصف ما أعطينا الابن ، فاستقام التخريج .

فإن قيل : قصد الموصي أن يكون للموصى له مثل نصيب البنت بالميراث ، ولو كان ههنا بنت كان لها خمسة من ثمانية عشر بالميراث بأن يؤخذ أصل الفريضة وذلك ستة للأم سهم يبقى خمسة قسم بين الابن والبنت أثلاثًا الثلث وذلك خمسة للبنت ، فعلم أنه لو كان ههنا بنت كان لها خمسة من ثمانية عشر على ما عرف ، فينبغي أن يعطى

الموصى له كذلك، وإلى هذا أشار محمد رحمه الله في الجامع.

قلنا: القسمة من ثمانية عشر مستقيمة في فصل الميراث؛ لأن في الميراث حق الكل يجب على سبيل الفريضة، فلو جعلت القسمة من ثمانية عشر لا يؤدي إلى الإضرار ببعض الورثة ولا إلى إثبات زيادة في حق بعض الورثة، أما في الوصية فحق الموصى له مقدم على حق الورثة، فإذا جعلنا القسمة من ثمانية عشر، وأعطينا الموصى له أولا خمسة يبقى هناك ثلاثة عشر، فإما أن يعطى للأم السدس من جملة المال وذلك ثلاثة، ولا وجه إليه؛ لأنه يتضرر به الابن ضررا فاحشا؛ لأنه يصل إليهما ما يصل إليها لولا الوصية، ولا يصل إلى الابن مثل ما يصل إليه لولا الوصية، وإما أن يعطى للأم سدس الباقي، وذلك سهمان وسدس سهم، فيبقى للابن عشرة أسهم وخمسة أسداس سهم، ولا وجه إليه أيضا؛ لأنه يصل إلى الابن أكثر من ضعف نصيب البنت، وإنه لا يجوز، فلهذه الضرورة جعلت القسمة من سبعة عشر؛ لأنه لا يؤدي إلى الإضرار ببعض الورثة، ولا أن يصل إلى الابن أكثر من ضعف نصيب البنت، ولا حاجة في هذه المسألة إلى إجازة الورثة؛ لأن وصية الموصى له حصلت بأقل من الثلث.

٢٠٩٣٣- قال: ولو ترك امرأة وابنا، وأوصى بنصيب ابن آخر لو كان، وأجازت الورثة الوصية، فالفريضة من خمسة عشر للموصى له سبعة وللمرأة سهم، وللابن سبعة. والوجه ما ذكرنا أن يصحح الفريضة أولا لا الوصية، فنقول: لولا الوصية لكانت الفريضة من ثمانية للمرأة الثمن سهم وللابن ما بقي سبعة أسهم، فإذا أوصى بنصيب ابن آخر لو كان يزاد على الفريضة نصيب ابن آخر لو كان وذلك سبعة فيصير خمسة عشر.

قال محمد رحمه الله في الكتاب عقيب هذه المسألة: وبعضهم، وقالوا: يعطى الموصى له سبعة من ستة عشر، ولم يبين القائل، وهو الإشكال الذي ذكرنا في المسألة الأولى أن قصد الموصي أن يكون للموصى له مثل نصيب ابن لو كان بالميراث. ولو كان هنا ابن آخر كانت الفريضة من ستة عشر، وكان له سبعة من ستة عشر، وإليه أشار في الجامع، ووجه الجواب ما ذكرنا. وشرط إجازة الورثة الوصية ههنا؛ لأن الوصية حصلت بأكثر من الثلث، ومثل هذا يحتاج إلى إجازة الورثة. وكذلك إذا أوصى

بمثل نصيب ابنه كان الجواب كما قلنا؛ لأن مثل الشيء غيره، فهذا وما لو أوصى بنصيب ابن لو كان سواء.

ثم استشهد محمد رحمه الله في الكتاب بمسألة، فقال: ألا ترى لو هلك الرجل، وترك ابنين وأوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصيب ابن ثالث لو كان وأبى الورثة أن يجيزوا كان للابنين ثلثا المال، والثلث الباقي بين الموصى لهما نصفان.

وجه الاستشهاد: أن في المسألة الاستشهاد الموصي جعل الموصى له بالنصيب مثل نصيب أحد الابنين؛ لأنه أوصى له بنصيب ابن ثالث لو كان، ونصيب الابن الثالث لو كان مثل نصيب أحد الابنين، وإنما يكون نصيب الموصى له مثل نصيب أحد الابنين إذا صار موصى له بالثلث، وإذا صار موصى له بالثلث والآخر موصى له بالثلث أيضاً كان الثلث الباقي بين الموصى لهما نصفين، فكذا في مسألة الكتاب جعل نصيب الموصى له مثل نصيب الابن القائم، أما في الفصل الثاني فظاهر، وأما في الفصل الأول فلأنه أوصى له بنصيب ابن لو كان ونصيب ابن لو كان مثل نصيب الابن القائم، وإنما يكون نصيب الموصى له مثل نصيب الابن القائم إذا جعلت أصل الفريضة من خمسة عشر، وأعطيت الموصى له سبعة حتى يبقى ثمانية يعطى المرأة ثمن ما بقي سهم والابن القائم سبعة، أما لو جعلت أصل الفريضة من ستة عشر، وأعطيت الموصى له سبعة يبقى تسعة أسهم يكون للمرأة من ذلك الثمن، وذلك سهم وثمن سهم، ويبقى للابن سبعة أسهم وسبعة أثمان سهم، فلا يكون نصيب الموصى له مثل نصيب الابن القائم، فجعلت أصل الفريضة خمسة عشر لهذا.

فرع مسألة الاستشهاد فقال: لو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمثل نصيب ابن ثالث وباقي المسألة بحالها، فالثلث الباقي يقسم بين الموصى لهما على خمسة أسهم؛ لأنه جعل نصيب الموصى له بالنصيب مثل نصيب ابن ثالث، ولو كان البنون ثلاثة كان نصيب الابن الثالث سهمين من تسعة؛ لأن الموصى له بالثلث يأخذ الثلث أولاً وذلك ثلاثة من تسعة يبقى ستة لكل ابن سهمان، فعرفت أن نصيب مثل الابن الثالث سهمان من تسعة، فعند عدم الإجازة يضرب هو بسهمين، والموصى له بالثلث يضرب بثلاثة؛ إذ حقه في الثلاثة من التسعة، فيقسم الثلث الباقي بينهما أخماساً لهذا.

وروى عن محمد رحمه الله في «النوادر»: أن الثلث الباقي يقسم بين الموصى لهما على سبعة أسهم وهو الصحيح، ووجه ذلك اعتبار حالة الاجتماع بحالة الانفراد، ولو انفرد كل واحد من الموصى لهما كان للموصى له بالثلث الثلث وللموصى له بمثل نصيب ابن ثالث الربع؛ لأن مثل الشيء غيره ولكن يساويه فقد أوصى له بشيء مقدر بنصيب ابن ثالث مع تقرر نصيبه، ونصيب الابن الثالث الثلث، فيضم إلى المال مثل ثلثه، والمال إذا ضم إليه مثل ثلثه كان المضموم ربع الجملة، فاحتجنا إلى حساب له ثلث وله ربع وأقل ذلك اثنا عشر، ثلثه للموصى له بالثلث وهو أربعة وربعه للموصى له بمثل النصيب وهو ثلاثة عند عدم الإجازة يضرب هذا بثلاثة وذلك بأربعة، فيقسم الثلث بينهما أسباعًا بخلاف ما إذا أوصى بنصيب ابن ثالث؛ لأن هناك الموصي جعل للموصى له مثل نصيب أحد الابنين؛ لأنه أوصى له بنصيب ابن ثالث لا بمثل نصيب ابن ثالث، ونصيب ابن ثالث مثل نصيب أحد الابنين، ونصيب أحد الابنين نصف الكل، فيضم إلى المال مثل نصفه، والمال إذا ضم إليه مثل نصفه كان المضموم ثلث الجملة، فصار الموصى له بالنصيب موصى له بالثلث، والآخر موصى له بالثلث، فيقسم الثلث بينهما نصفان، أما هنا فبخلافه على ما مر.

ثم أوضح الفرق بين الوصية بالنصيب وبين الوصية بمثل النصيب فقال: ألا ترى لو هلك الرجل، وترك ابنين، وأوصى لرجل بنصيب ابن ثالث، ولم يوص لأحد سواه بشيء، ولم يجز الابنان، كان للموصى له الثلث، ولو أوصى بمثل نصيب ابن ثالث، كان للموصى له الربع، فوقع الفرق بين الوصية بالنصيب وبين الوصية بمثل النصيب، فكذا فيما تقدم.

٢٠٩٣٤ - قال: وإذا هلك رجل، وترك أخًا وبنتًا، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان، فأجازوا وصيته، فللموصى له ثلثا المال، والثلث بين الأخ والبنت نصفين؛ لأنه لو كان هنا ابن، كان المال بين الابن والبنت أثلاثًا، وكان الأخ محجوبًا بالابن، فعرف أن نصيب الابن ثلثا المال، فيعطى ذلك عند الإجازة، يبقى ثلث آخر يقسم بين البنت والأخ نصفين؛ لأنه لو لم تكن هنا وصية كان المال بين البنت والأخ نصفين، فكذا إذا وجدت الوصية، وأجيزت الوصية؛ لأن الزيادة على الثلث عند الإجازة يستحق من نصيبهما، وإنما تكون الزيادة من نصيبهما إذا قسمنا الباقي بينهما بالسوية.

فرق بين هذه المسألة وبين المسألتين المتقدمتين، فإن في المسألتين المتقدمتين صحح الفريضة بين الوارثين القائمين، ثم زاد على نصيبهما نصيب من سماه من غير أن قدر وجوده، وههنا لم يصحح الفريضة بين الوارثين القائمين ولم يزد على نصيبهما نصيب الابن، بل قدر الابن موجوداً من الابتداء وجعل الأخ محجوباً. والفرق أن في هذه المسألة لا يمكن تصحيح الفريضة بين الوارثين القائمين وجعل نصيب الابن زائداً؛ لأن الأخ لا يرث مع الابن، والزيادة توجب تغيير الأصل الذي زيد عليه فقدرنا الابن موجوداً من الابتداء كما هو وجه الإشكال في المسألتين المتقدمتين وهو المشار إليه في الجامع، أما في المسألتين المتقدمتين أمكن تصحيح الفريضة بين الوارثين القائمين، وجعل نصيب من سماه زائداً عليه؛ لأن الذي سماه لا يحجب القائمين، فجعلنا كذلك، ولم تقدر المسمى موجوداً للدليل الذي ذكرنا ثمة، فلهذا وقع الفرق. هذا إذا أجازا، وإن لم يجيزا، فللموصى له ثلث المال والثلثان بين الأخ والبنت نصفان.

ولو أوصى بمثل نصيب ابن لو كان، وباقي المسألة بحالها، فللموصى له خمسا المال إن أجازا؛ لأنه لو كان ههنا ابن كان المال بين الابن وبين البنت أثلاثاً للابن سهمان، فعرفت أن نصيب الابن سهمان، فمثله يكون سهمين، فيزاد سهمان على ثلاثة، فيصير خمسة يعطى الموصى له خمسا المال إن أجازا، ويقسم الباقي بين البنت والأخ نصفين، وإن لم يجيزا فله ثلث المال.

قال: وإذا هلك رجل، وترك أخاً وأختاً، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان وأجازا، فالموصى له جميع المال؛ لأنه لو كان ههنا ابن كان له جميع المال، ولا شيء للأخ والأخت، فتبين أن الوصية حصلت بجميع المال، وقد أجاز الوارثان ذلك.

ولو أوصى بمثل نصيب ابن لو كان كان للموصى له نصف المال إن أجازا؛ لأن مثل الشيء غيره، فيقدر ههنا ابن، ويزاد عليه مثل نصيبه، والشيء إذا زيد عليه مثله كان الزائد نصف الجملة، فحصلت الوصية بنصف المال، فيسلم للموصى له ذلك عند الإجازة، والنصف الآخر يقسم بين الأخ والأخت أثلاثاً، وإن لم يجيزا، فللموصى له ثلث المال، ويقسم الثلثان بين الأخ وبين الأخت أثلاثاً.

ولو ترك بنتاً وأختاً، وأوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت، فللموصى له ثلث

بمثل نصيب أحدهما أثلاثاً لكل واحد منهم أربعة من ثمانية عشر ، فعند الضرب يضرب الموصى له بمثل نصيب أحدهما أربعة أسهم من ثمانية عشر سهماً وهو تسعا المال وصاحب النصف يضرب بالنصف ، فيقسم النصف بينهما على قدر حقهما](1) ، وإن أجاز الابنان وصيتهما تأخذ صاحب النصف تمام النصف تسعة وصاحب مثل النصيب يأخذ أربعة ويبقى للابنين ثمان ونصف تسع خمسة من ثمانية عشر .

ولو كان أوصى لرجل بمثل نصيب أحد الابنين ، وأوصى لآخر بمثل نصيب الآخر ، وأجاز الابنان كان لهما نصف المال وللابنين النصف ؛ لأن نصيب كل ابن قبل الوصية سهم ، فإذا أوصى بمثله ومثل الشيء غيره صار كل نصيب سهمان ، فصار المال أربعة لكل واحد ربعه . ولو لم يجيزا ، فالثلث بينهما نصفان ؛ لأن نفاذ الوصية في الثلث لا يتوقف على الإجازة . وإذا أجازاهما دون الآخر فللذي أجاز الربع اعتباراً لوجود الإجازة ، وللذي لم يجز الثلث اعتباراً لعدم الإجازة .

٢٠٩٣٦ - قال : وإذا هلك الرجل ، وترك أباً وابناً ، وأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه أو نصيب ابن لو كان وأجازا ، فللموصى له خمسة من أحد عشر وللأب سهم وللابن خمسة ؛ لأن تصحيح الفريضة بين الابن والأب لولا الوصية ، فنقول : لولا الوصية كانت الفريضة من ستة لحاجتنا إلى السدس سهم للأب وخمسة أسهم للابن ، فإذا أوصى بمثل نصيب الابن يزاد مثل نصيب الابن وذلك خمسة على أصل الفريضة ، فيصير أحد عشر ، وكان ينبغي أن يكون للموصى له خمسة من اثني عشر ، ويجعل الابن الآخر موجوداً ، فتصير الفريضة من اثني عشر بأن يجعل أصل الفريضة ستة للأب سهم ، وللابنين بخمسة ، والخمسة تنكسر على ابنين بالنصف ، فيضعف إزالة للكسر ، فيصير اثني عشر والجواب ما مر قبل هذا .

وإن لم يجيزا فللموصى له الثلث أولا والباقي بين الابن والأب أسداساً ، فيحتاج إلى حساب له ثلث ولثلثه سدس ، وأقل ذلك تسعة للموصى له الثلث ثلاثة والباقي وذلك ستة بين الأب والابن أسداساً . وإن أجاز أحدهما دون الآخر ، ذكر في الكتاب : أنه ينظر في حال الإجازة وحال عدم الإجازة ، والفريضة عند الإجازة من أحد عشر

---

(1) العبارة الموجودة ما بين القوسين موجودة في ظ فقط

واحد، وذلك من نصيب الابنين من نصيب كل واحد منهما نصف سهم، فانكسر بالأنصاف، فيضعف حتى يزول الكسر، فيصير اثني عشر للموصى له ستة في حال وأربعة في حال، فتفاوت ما بينهما سهمان، وذلك من نصيب الابنين من نصيب كل واحد منهما سهم، فإذا أجازه أحدهما صحت الإجازة في حقه، وسلم للموصى له نصيبه، وذلك سهم، فيصير للموصى له خمسة من اثني عشر وللمجيز ثلاثة ولغير المجيز أربعة، أفلا ترى أنه لم يضم الثلث الذى صار للموصى له إلى نصيب المجيز حتى يقسم بينهما على قدر حقهما لهذا أن الموصى جعل نصيب الموصى له من جميع المال، كذا هنا.

٢٠٩٣٧- قال: ومن هلك وترك ابنين وأوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمثل نصيب أحدهما أو بنصيب ابن ثالث لو كان، فأجازا الوصيتين، فلصاحب الثلث ثلث المال، والباقي بين الابنين وبين الموصى له بالنصيب أثلاثاً، والحساب من تسعة على ما مر، فللموصى له بالثلث ثلاثة يبقى ستة، فتقسم بين الابنين وبين الموصى له بالنصيب أثلاثاً لكل ابن سهمان، وللموصى له أيضاً سهمان مثل نصيب أحدهما، وإن لم يجيزا يقسم الثلث بين الموصى لهما نصفان وهي المسألة التي ذكرنا في صدر الكتاب على سبيل الاستشهاد.

ولو أجاز الابنان الوصية لصاحب المثل دون صاحب الثلث كان لصاحب الثلث نصف الثلث، وهو السدس كما لو لم توجد الإجازة وللموصى له بالنصيب ثلث ما بقي لصحة الإجازة في حقه، فاحتجنا إلى حساب إذا رفعنا منه السدس ينقسم الباقي أثلاثاً، وأقل ذلك ثمانية عشر يعطى للموصى له بالثلث السدس ثلاثة يبقى خمسة عشر تقسم بين الابنين وبين الموصى له بالنصيب أثلاثاً لكل واحد خمسة، وإن أجاز أحد الابنين الوصية لصاحب المثل دون صاحب الثلث، ولم يجز الابن الآخر الوصيتين أصلاً، فنقول: لو لم يجيزا كان لصاحب المثل نصف الثلث ثلاثة من ثمانية عشر، ولو أجاز كان لصاحب المثل خمسة من ثمانية عشر، فتفاوت ما بينهما سهمان من نصيب كل واحد من الابنين سهم، فإذا أجاز أحدهما، صحت الإجازة في نصيبه خاصة، فيصير لصاحب المثل أربعة، ولصاحب الثلث ثلاثة، وللمجيز خمسة، وللذي لم يجز ستة

الفصل الثالث والثلاثون

في الوصايا التي تجب فيها قيمة العبد للموصى له والتي لا تجب

٢٠٩٣٨ – مما يجب اعتباره في هذا الفصل : أنه متى تخلل بين السراية والجناية اختلاف الملك ، يمنع ذلك إضافة السراية إلى الجناية حتى إن من قطع يد عبد إنسان ، ثم باعه المولى ، ثم سرى إلى النفس ، ومات في يد المشتري ، فالقاطع يضمن أرش اليد لا غير ، وهذا لأنه وهو أنه تعذر إيجاب ضمان السراية على الجاني ؛ لأنه لو وجب إنما يجب للمالك القديم أو للمالك الجديد . لا وجه إلى الأول ؛ لأن السراية لم تكن في ملكه ، ولا وجه إلى الثاني ؛ لأن ابتداء الجناية لم تكن في ملكه ، ومتى لم يتخلل بين السراية والجناية اختلاف الملك لا يمنع إضافة السراية إلى البداية ؛ لأن الجناية ابتداءها وانتهاءها كان على ملك واحد ، فأمكن إيجاب ضمان السراية على الجاني .

٢٠٩٣٩ – إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله : رجل أوصى بعبده لإنسان والعبد يخرج من الثلث ، فمات الموصي ، فقطع رجل يد الغلام خطأ قبل أن يقبل الموصى له الوصية ، ثم قبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي ومات الغلام من قطع اليد أو قتله ، فهو سواء ، وللموصى له على عاقلة القاتل قيمة العبد في ثلاث سنين ، ولا شيء للورثة من ذلك ، وإن لم يقبل الموصى له الوصية كانت قيمة العبد لورثة الموصي ؛ لأنه لم يتخلل بين السراية والجناية اختلاف الملك ؛ لأنه إذا قبل الوصية ظهر أن العبد كان ملكاً للموصى له من حين مات الموصي ، وهذه لفقه وهو أن الميت بالإيصاء ملك المال من الموصى له ، وأوان عمل الوصية بعد الموت ، فمقتضية هذا أن لا يتوقف ثبوت الملك بالوصية على ما وراء الموت إلا أنه لم يثبت الملك له ملكاً باتاً باعتبار أن الموصي لا يقدر على إثبات الملك البات لغيره من غير رضاه ، فيثبت على وجه التوقف ، فإذا قبل ظهر أن الموصى له ملكه ملكاً باتاً من حين موت الموصي لا من حين قبوله ، ولهذا قلنا : إن ما حدث من الزوائد بعد الموت قبل القبول إذا كان يخرج من ثلث المال يكون للموصى له إذا قبل ، وإن لم يقبلها بطل من الأصل ، فيظهر أن السراية والجناية كان على حكم ملك

الميت إن مات العبد قبل قسمة التركة؛ لأن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، وإن مات العبد بعد قسمة التركة فكذلك؛ لأن الوارث لا يملك التركة ملكاً مبتدأ، بل يقوم في أملاك الميت كأنه هو، فلم يتخلل بين الجناية والسراية ملك مبتدأ لغير من كانت الجناية على ملكه، فلا يهدر السراية. وإذا لم تهدر السراية وجب جميع القيمة على عاقلة القاتل؛ لأن القيمة بدل النفس، وبدل النفس في الخطأ تتحمله العاقلة سواء كان المقتول عبداً أو حراً.

هذا الذي ذكرنا إذا كان العبد يخرج من الثلث، فإن كان لا يخرج فإن أجازت الورثة الوصية كان هذا والأول سواء؛ لأن إجازة الوارث ليس تمليك مبتدأ إنما هو إسقاط حق الوارث، وتنفيذ بإيجاب الموصي، فيملك الموصى له الموصى به من وقت موت الموصي، وكانت الجناية والسراية واردتين على ملك الموصى له فكانتا مضمونتين. وإن لم يجيزوا، كان ثلث القيمة للموصى له على العاقلة وثلثاها للورثة إن قبل الموصى له الوصية؛ لأنه إذا قبل ظهر أن الجناية والسراية على ثلث العبد كانت على ملك الموصى له، وفي ثلثي العبد على حكم ملك الميت مات العبد قبل قسمة التركة أو بعدها، فحصلت الجناية والسراية، والملك لواحد في حق الثلث للموصى له وفي حق الثلثين للورثة، وإن لم يقبل الموصى له الوصية كان كل القيمة للورثة؛ لما قلنا.

٢٠٩٤ – هذا الذي ذكرنا إذا كان قطع اليد بعد موت الموصي، فأما إذا قطع قبل موته، ثم مات والغلام يخرج من ثلث ماله، ثم مات الغلام من قطع يده قبل أن يقبل الموصى له الوصية، ثم قبل الموصى له الوصية بعد موت العبد أو لم يقبل، فالسراية لا تهدر في الحالين؛ لأن الجناية والسراية كانت على ملك الميت لبقاء التركة على حكم ملكه ما لم تقسم؛ ولهذا قلنا: بأن ما يحدث من الزيادة في التركة بعد موت المورث، يحدث على حكم ملكه حتى يقضي منها ديونه، وينفذ وصاياه. وإذا قبل الموصى له بعد موت العبد يملك القيمة بالعبد؛ لأنه مالك حالة القبول. وإذا كان هكذا لم يتخلل بين الجناية والسراية ملك مبتدأ لغير من كانت الجناية على ملكه، فلم تهدر السراية، لكن إذا قبل الموصى له الوصية كان أرش اليد للوارث، وقيمة النفس مقطوعة اليد للموصى له، أما أرش اليد فللوارث؛ لأن يد الغلام إنما قطع قبل ثبوت حق الموصى له في الغلام، فإن حق الموصى له إنما يثبت بعد الموت لا قبله، فإذا لم يثبت حقه في اليد

كيف يتحول إلى البدل، وأما قيمة العبد مقطوعة اليد للموصى له؛ لأن العبد مقطوعة اليد إنما تلف بعد ثبوت حق الموصى له في الغلام وهو الملك الموقوف، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول كان الغلام ميراثاً لورثة الموصى له، وإذا تعلق حقه بعين الغلام وهو مقطوعة اليد سرى ذلك إلى بدله وهو القيمة، ويجعل وجوب القيمة كبقاء نفس العبد، فيتعلق بالقيمة حق الموصى له، ويتملكها عند القبول كما لو كان عين العبد قائماً.

وإن لم يقبل الموصى له الوصية، فالقيمة كلها للورثة، مات العبد قبل القسمة أو بعده؛ لأنها استقرت على حكم ملك الميت، ثم الأرش مع قيمة العبد كان على العاقلة في الوجهين جميعاً؛ لأن أرش أطراف المماليك إنما لا يجب على العاقلة على الانفراد أما مع ضمان النفس فيجب على العاقلة عرف هذا في المبسوط. وإن كان العبد لا يخرج من الثلث فإن أجاز الورثة فكذلك الجواب؛ كما قلنا في المسألة الأولى، وإن لم يجز الورثة، فأرش اليد لهم على ما مر، وثلث قيمة العبد مقطوعة اليد للموصى له؛ لأن ثلثي قيمة العبد مقطوعة اليد ثبت ملك الميت؛ لأنه حصل للورثة أرش اليد، وذلك نصف القيمة، فمتى أعطينا له ثلثي النصف الباقي يحصل للورثة ثلثا قيمة العبد، وللموصى له ثلث قيمة العبد باستقامة الثلث والثلثان.

١٩٤٤ - ٢ - هذا الذي ذكرنا إذا قبل الموصى له الوصية بعد موت العبد، فإن قبل قبل موته وهو يخرج من ثلث ماله، فأرش اليد للورثة، وبطل ضمان النفس عن القاتل، أما أرش اليد للورثة فلما مر أن يد الغلام قطع قبل ثبوت حق الموصى له في الغلام، وأما بطلان ضمان النفس فلأن السراية قد حصلت؛ لأنه تخلل بين الجناية والسراية ملك بات مبتدأ لغير من توقفت الجناية على ملكه؛ لأن ابتداء الجناية كان على ملك الموصي وانتهاءها كان في ملك الموصى له؛ لأن الموصى له لما قبل الوصية والعبد حي قابل للتمليك ملكه ملكاً باتاً من وقت موت الموصي وهو ملك حدث ينافي بقاء الأول، ألا ترى أن الموصى له لا يرد بالعيب، ولا يرد عليه به. فتهدر السراية بخلاف مسألة أول هذا الفصل، والمسألة الثانية من هذا الفصل؛ لأن هناك لم يتخلل بين الجناية والسراية ملك بات مبتدأ لغير من توقفت الجناية على ملكه على ما مر، أما ههنا فبخلافه، ويكون أرش اليد في هذه المسألة في مال القاتل؛ لأن العاقلة لا يعقلون ما دون النفس

الفصل الرابع والثلاثون
في الوصية بما بقي من الثلث أو بالثلث وقد سبقتها وصية أخرى

٢٠٩٤٥- رجل قال: أوصيت لفلان بمالي عليه من الدين، وأوصيت لفلان يعني رجل آخر بما بقي من ثلثي، ثم مات، وترك ألفي درهم عينًا، فقالت الورثة: كان الدين على الغريم ألفًا، وهو كمال الثلث، ولا شيء للموصى له بما بقي من الثلث، وصدقهم الغريم في ذلك، وقال الموصى له بما بقي من الثلث: كان على الغريم خمسمائة، وجميع مال الميت ألفان وخمسمائة والثلث ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فالخمسمائة التي على الغريم والباقي من الثلث وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث لي، فالقول قول الورثة مع أيمانهم على علمهم، وهذا لأن الاختلاف بينهم في ثبوت حق الموصى له في المال، وحقه إنما يثبت فيما بقي من الثلث بعد الدين، ولم يعرف ما بقي من الثلث بعد الدين هنا، فلم يعرف ثبوت حق الموصى له فهو يدعي الاستحقاق والورثة ينكرونه، والقول قول المنكر مع يمينه إلا أنهم يحلفون على العلم؛ لأنهم يحلفون على دين وجب على الغير، وفي مثله يكون التحليف على العلم.

وكذلك لو صدق الغريم الموصى له أن الدين خمسمائة فالقول قول الورثة أيضًا، ولا شيء للموصى له بما بقي من الثلث، لما ذكرنا أن الورثة ينكرون وجوب حق الموصى له بما بقي، وتصديق الغريم الموصى له لم يصح في حق الورثة؛ لأنه إقرار على الغير، أكثر ما في الباب أن هذا غريم أخبر عن مقدار الدين إلا أن قول الغريم في مقدار الدين إنما يقبل في حق دفع الاستحقاق عن نفسه لا في حق إثبات الاستحقاق على الغير، وههنا الحاجة إلى إثبات الاستحقاق على الورثة من المال العين الذي في أيديهم.

قال في الكتاب: ألا ترى أن الموصى له بما بقي من الثلث لو كان هو الغريم بأن قال لغريمه: أوصيت لك بمالي عليك من الدين، وأوصيت لك بما بقي من الثلث، ثم مات، وترك ألفي درهم عينًا، فقالت الورثة: الدين عليك ألفا درهم، فنحن نرجع عليك بالزيادة، وقال الغريم: لا، بل الدين خمسمائة، فأنا آخذ منكم ما بقي من الثلث كان

القول قول الورثة إلى مقدار الألف حتى يرجع الغريم عليهم بشيء من المال العين، والقول قول الغريم في الزيادة على الألف حتى لا يرجع الوارث عليه بشيء؛ لأن في الزيادة على الألف الغريم بإنكاره يدفع الاستحقاق عن نفسه، وفي الألف بإنكاره يدعي استحقاق شيء من المال العين على الورثة، فقبل قوله في حق دفع الاستحقاق عن نفسه لا في حق إثبات الاستحقاق لنفسه، كذا هذا.

٣٠٩٤٦ - هذا إذا أوصى للغريم بما عليه من الدين، وأوصى لرجل آخر بما بقي من ثلثه، فأما إذا أوصى للغريم بما عليه من الدين وهو معدم مفلس، وأوصى لرجل آخر ثلث ماله، ثم وقع الاختلاف بين الورثة وبين الموصى له بالثلث في مقدار الدين، فقال الورثة: الدين ألف درهم، وقال الموصى له بالثلث: الدين خمسمائة، وقد ترك الميت مع ذلك ألفي درهم عين، ذكر صاحب الكتاب يعني الزعفراني رحمه الله: أن القول قول الورثة، وهكذا ذكر محمد رحمه الله في بعض روايات هذا الكتاب؛ لأن الوصية بالدين إذا كانت مستغرقة للثلث، لا يستحق الموصى له بالثلث شيئًا؛ لأن محل الوصية الثلث، وإنه مستغرق بحق الأول، فلم يعرف ثبوت وصية الموصى له بالثلث، إذا لم يعرف ظهور الفضل عن حق الأول، فبقي الموصى له بالثلث مدعيا الاستحقاق لنفسه والورثة ينكرون، والقول قول المنكر.

وذكر محمد رحمه الله في عامة روايات هذا الكتاب: أن القول قول الموصى له بالثلث، وإنه أصح، ووجه ذلك: أن الوصية بالثلث ظاهرة معروفة، فإن الثلث مقدر معلوم، وليست هي بمرتبة على وصية الغريم، وفي الألفين العين شيء من ثلث ماله موجب الوصية غير أنهم اختلفوا في مقدار السقوط، فالورثة يدعون على الموصى له زيادة في السقوط وهو ينكر فيكون القول قوله. بيانه: وهو أن الموصى له بالثلث زعم أن الدين خمسمائة، وأن جميع مال الميت ألفان وخمسمائة، وثلث ماله ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، ويقسم الثلث بيننا يضرب كل واحد منا بحقه، وحق الغريم في خمسمائة وحقي في ثمانمائة وثلاث وثلاثين وثلاث، فيجعل كل مائة وستة وستين وثلثان بينهما، فيكون حقي في خمسة أسهم، وحق الغريم في ثلاث وثلاث، فيجعله ثمانية يقسم الثلث بيننا على ثمانية فلي خمسة أثمان الثلث، وللغريم ثلاثة أثمان الثلث، وإذا صار الثلث ثمانية صار الثلثان ستة عشر، والكل أربعة وعشرين، فيجب له من

العين لنفسه، ويبقى زيادة في قيمة العبد، فهو معنى قولنا بينة الورثة أكثر إثباتًا، وكانت أولى بالقبول.

ولو كان أوصى لآخر بثلث ماله، وبقي المسألة بحالها، ووقع الاختلاف في قيمة المعتق، فالقول قول الموصى له؛ لأن وصيته ظهر ثبوتها لوجود محلها وهو الثلث إلا أن الورثة يدعون بطلانها، فلا يصدقون إلا بحجة.

فإن قيل: أليس أن الإعتاق مقدم، والوصية بمال مرتبة عليه فكانت بمنزلة الوصية بما بقي.

قلنا: تلك مرتبة في إيجاب الموصي، فذلك يجب على ترتيبه، فأما هذه الوصية فقائمة في نفسها لوجود محلها، وإن تؤخر حكمًا، ولكن بأن يؤخر حكمًا لا تبين أنها لم تكن ظاهرة؛ لا يتبين أنها لم تكن ظاهرة؛ لأنه لا تبين أن محلها لم يكن موجودًا، فالورثة يدعون بطلانها، والموصى له ينكر، فيكون القول قوله.

وكذلك لو أن الميت لم يوص إلى أحد، ولكن كان مكان أحد الألفين العين عبد قيمته ألف درهم أعتقه المريض في مرض موته، ووقع الاختلاف بين الورثة وبين العبد الحي في قيمة العبد الميت، فقال الورثة: قيمة العبد الميت كانت ألف درهم وهو الثلث، وذلك ألف بينكما نصفان، فحقكما في سهمين، وحقنا في أربعة، وقد توى على الميت خمسمائة، فيكون التوى علينا، فنقسم العين بيننا وأنت تضرب بسهم، ونحن نضرب بأربعة، فيكون لك خمس الألفين، وذلك أربعمائة، ولنا أربعة الأخماس الألف وستمائة، فعليك أن تسعى في تسع مائة، وقال العبد الحي: كانت قيمة العبد خمسمائة وقيمتي ألف والثلث، وذلك ثمانمائة وثلاثون وثلث بيننا أثلاثًا لي سهمان وله سهم، وحقكم في ستة؛ لأن الثلث إذا صار ثلاثة، صار الثلثان ستة، وقد توى بعض الثلث على الميت، فيكون التوى علينا، فيقسم العين بيننا، فأنتم تضربون بستة، وأنا أضرب بسهمين، فيكون لي ربع الألفين، وذلك خمسمائة، ولكم ثلاثة الأرباع الألفين، وذلك ألف وخمسمائة، فأنا أسعى في خمسمائة، فالقول قول العبد الحي؛ لأن وصيته قد ثبت وظهرت، ولا تصدق الورثة في[1] إبطال حق بعضه.

(١) وفي ظ زيد على "مكان في".

وكذلك لو لم يعتق المريض العبد الحي ، ولكن أوصى بعتقه ، ثم مات المريض ، ووقع الاختلاف بين الورثة وبين العبد الحي في قيمة العبد الميت ، فقالت الورثة : كانت قيمة الميت ألفًا ، وقد بطل وصيتك ؛ لأن الثلث صار مستغرقًا بحق الأول وهو مقدم عليك ، وقال العبد الحي : بل كانت قيمته خمسمائة ولي تمام الثلث ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث كان القول قول العبد الحي ، لما قلنا .

٢٠٩٤٨ - قال محمد رحمه الله : إذا أوصى الرجل لآخر بما بقي من ثلثه ، وقال : لفلان علي دين فصدقوه فيما قال ، فالقول قول المقر له ما بين إلى تمام الثلث . يجب أن يعرف أولا أن المريض إذا قال لورثته : لفلان علي دين فصدقوه فيما قال ولم يوص لأحد بشيء ما الحكم فيه؟ فنقول : الحكم فيه أن لا يصح الأمر بالتصديق قياسًا حتى لا يصدق المدعي الدين إلا بالبينة ، وفي الاستحسان يصح بمقدار الثلث ، وقد مرت المسألة من قبل ، إذا عرفت الحكم في تلك الصورة جئنا إلى مسألتنا ، فنقول : إذا صح الأمر بالتصديق إلى الثلث لابد وأن ينظر الغريم ؛ لأن الموصي جعل حق الموصى له فيما يبقى من ثلثه ، فينظر دعوى الغريم حتى يعلم أنه هل يبقى من الثلث شيء ، فإن ادعى الغريم مقدار الثلث ، كان جميع ذلك له ، ولا شيء للموصى له لانعدام محل وصيته ، وإن ادعى أقل من الثلث يعطى ما ادعى ويعطى الموصى له ما بقي من الثلث .

ولو كان أوصى لرجل بثلث ماله ، وقال : لفلان علي دين ، فصدقوه ، فإنه يعطى الموصى له الثلث أولا ، وإن كان حق الآخر في الدين ، والدين مقدم على الوصية ؛ لأن حق الموصى له ثبت للحال وظهر ؛ لأنه سمى له مالا معلوما في نفسه ، فتم سبب استحقاقه ، وحق الآخر في الدين موهوم تعلق ثبوته بدعواه وتصديق الورثة ، وإنه موهوم قد يوجد وقد لا يوجد ، والحق الثابت المعلوم أقوى من حق موهوم قد يثبت وقد لا يثبت ، والبداية بالأقوى أولى ، ثم يقال للموصى له : إن الميت قد أقر بالدين وأمر بالتصديق فلابد وأن تقر له بشيء ، فإن أقر بشيء ، وصدقه الورثة في ذلك كان على الموصى له بالثلث ثلث ذلك مما أخذ ، والثلثان على الورثة ؛ لأن الدين مقدم على الميراث والوصية ، وإنه شائع في كل المال ، وثلث المال في يد الموصى له والثلثان في يد الورثة ، فيؤخذ الدين منهم بحساب ذلك وإن كذبت الورثة الموصى له فيما أقر ، وأقروا بأقل من ذلك ، فما زاد على ما أقر به الورثة ، يكون على الموصى له ؛ لأن إقراره حجة

في حقه إن لم يكن حجة في حق الورثة .

٢٠٩٤٩- رجل قال: لي على فلان خمسمائة ليس لي عليه غيرها، فأوصيت له بمالي عليه، وأوصيت لفلان بما بقي من الثلث، ثم مات، وترك ألفي درهم عين، فقالت الورثة: كان الدين على الغريم ألف درهم، ولا شيء للموصى له بما بقي، وقال الموصى له: الدين عليه خمسمائة ولي ما بقي من الثلث ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فإنه لا يلتفت إلى قول الورثة؛ لأنه يثبت[1] بإقرار الميت أن الدين خمسمائة، وإقراره معتبر في هذا الباب، ألا ترى لو أقر، وقال: ليس لي على فلان شيء، فإنه يعتبر إقراره حتى لا يصح دعوى الورثة بعد ذلك لنفسه، وهو أن الورثة يدعون على الميت، وقد أقر الميت أنه لا شيء له عليه. وإذا ثبت بإقرار الميت أن الدين خمسمائة كان للموصى له بقية الثلث يأخذه من المال العين ثم الغريم يعامل الورثة على ما تصادقوا، وقد تصادقوا أن الدين ألف، وأنه فات على الورثة من تلك المال ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلاث، فيرد الغريم ذلك على الورثة، ويسلم للغريم ما بقي من الدين بتصادقهم، وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان.

ولو كان مكان الدين عبد قد أعتقه الميت في مرضه، وأقر أن قيمته خمسمائة، وأوصى لرجل بما بقي من الثلث، فمات العبد المعتق قبل أن يعرف قيمته، فقالت الورثة: كانت قيمته ألفاً، ولا شيء للموصى له بما بقي، وقال الموصى له: لا، بل كانت قيمته خمسمائة ولي بقية الثلث، فالقول قول الورثة ولا يكون للموصى له بما بقي شيء، فقد اعتبر قول الموصي في بيان مقدار الدين، ولم يعتبر قوله في بيان مقدار قيمة العبد.

والفرق أنا إنما اعتبرنا قوله في بيان مقدار الدين؛ لأنه أعرف به من غيره، ولا كذلك قيمة العبد؛ لأن الإنسان عسى لا يعرف قيمة عبده، ويعرفها غيره، توضيحه: أن في مسألة العبد للوارث طريق التوفيق بأن يقول: كانت قيمة العبد خمسمائة في الابتداء كما أقر الميت، ثم ازدادت قيمته إلا أن الميت لم يعرف، فإذا كان لهم طريق التوفيق اعتبر قولهم، أما في مسألة الدين ليس لهم طريق التوفيق، فلا يعتبر قولهم، ولأن الميت إذا

(١) هكذا في الأصل وظ، وكذا في م وف: "لا يثبت".

كان صادقًا في إقراره أن الدين خمسمائة وجب قبول قوله، وإن كان كاذبًا، وصار مبرئًا الغريم عما زاد على الخمسمائة، ولا تعتبر قيمة العبد؛ لأن الميت لو كان كاذبًا في قوله: قيمته خمسمائة لا يصير قيمته خمسمائة بقوله، فظهر الفرق بينهما، ولو كانت الوصية بالثلث في الوجهين جميعًا، والمسألة بحالها كان القول قول الموصى له؛ لما عرف غير مرة.

فوجه قولهما: إن في تصحيح هذه الوصية تقرير ما هو معصية عندنا، ولسبيل إلى المعاصي الرد دون التقرير، ولأبي حنيفة رحمه الله أنا أمرنا ببناء الأحكام على اعتقادهم وأن لا نتعرض لما يدينون جوازه بالرد والإبطال إلا ما استثنى عن عهودهم.

٦٠٩٥٤- قال: ولو أن ذميا أوصى بأن يشتري بثلث ماله رقبا(١)، ويعتق عنه بأعيانهم، أو أوصى بأن يتصدق بثلث ماله على الفقراء والمساكين أو أن يسرج به في بيت المقدس، أو يبنى به، أو أن يغزى به الترك أو الديلم، والموصى له من النصارى، فالوصية صحيحة؛ لأنها حصلت بما هو قربة عندنا وعندهم، فيصح سواء كانت الوصية لقوم معينين أو غير معينين؛ لما مر في الفصل الأول.

ولو أوصى بثلث ماله للنائحات أو للمغنيات، فإن كانت الوصية لقوم معينين كانت صحيحة، ويعتبر ذلك تمليكا منهم، وإن كانت لقوم غير معينين كانت باطلة؛ لأنها حصلت بما هو معصية عندنا وعندهم، وفي مثل هذا الجواب على التفصيل الذي بينا؛ لما مر في أول هذا الفصل.

ولو أوصى بثلث ماله بأن يحج عنه قوم من المسلمين، أو يبنى به مسجدا للمسلمين إن كان ذلك لقوم بأعيانهم صحت الوصية ويعتبر تمليكا منهم، وكانوا بالخيار إن شاؤا حجوا به وبنوا المسجد وإن شاؤا لا، وإن كان ذلك لقوم غير معينين فالوصية باطلة؛ لأنها حصلت بما هي قربة عندنا معصية عندهم، وفي مثل هذا الجواب على التفصيل؛ لما مر.

ولو أوصى بثلث ماله ليبنى به بيعة أو كنيسة، أو أوصى بأن تجعل داره بيعة أو كنيسة، فعلى قولهما: الوصية باطلة إلا إذا حصلت الوصية لقوم معينين ويكون ذلك تمليكا منهم، وعند أبي حنيفة رحمه الله الوصية صحيحة على كل حال؛ لأن الوصية حصلت بما هو قربة عندهم معصية عندنا، وفي مثل هذا الجواب على الاختلاف على ما مر.

قال مشايخنا رحمهم الله: هذا الجواب على قول أبي حنيفة رحمه الله إذا أوصى به في القرى، أما إذا أوصى به في الأمصار لا ينفذ وصيته؛ لأنهم يمنعون من إحداث

(١) وفي م: أرقاء.

الكنائس في الأمصار.

ومن يدعي الإسلام ودخل في بعض الأهواء التي يكفر أهلها إلا أنه لا يظهر ذلك، فأوصى بوصية، ما جاز من وصاياه ما يجوز من وصايا المسلمين لظاهر الإسلام لكونه مدعيا أنه مسلم وهو كالمنافق على عهد رسول الله ﷺ، وكان رسول الله ﷺ يجري عليهم أحكام الإسلام لادعائهم[1] الإسلام ظاهرا، وإن كانوا يعتقدون بخلافه كذا هنا.

ولو ارتد المسلم إلى اليهودية أو النصرانية أو المجوسية، ثم أوصى ببعض هذه الوصايا، ففي قول أبي حنيفة رحمه الله: يتوقف ما يصح من المسلم من وصاياه، ويبطل ما لا يصح من المسلم؛ لأنه عنده يتوقف جميع تصرفات المرتد على النفاذ بالإسلام والبطلان بالموت أو القتل والوصية نوع تصرف، إلا أن ما لا يصح من المسلم لا فائدة في توقيفه؛ لأنه إن أسلم يبطل، وإن مات أو قتل يبطل، فلم يكن في التوقف فائدة، فلا يتوقف، أما ما يصح من المسلم يصح منه إذا أسلم، وكان في التوقف فائدة فيتوقف.

وعندهما تصرفات المرتد نافذة للحال، فيصح منهما ما يصح من القوم الذي انتقل إليهم، حتى لو أوصى بما هو قربة عندهم معصية عندنا، وكان ذلك لقوم غير معينين لا يصح عندهما، وأما المرتدة فإنه يصح من وصاياها ما يصح من وصايا القوم الذين انتقلت إليهم، أما على قولهما فلا يشكل؛ لأنه لا يتوقف في تصرفات المرتد عندهما مع أنه يقتل، ففي تصرف المرتدة وإنها لا تقتل أولى، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ فلأنه لا توقف في تصرفات المرتدة عنده، وإن كان في تصرفات المرتد توقف، فيصح منها ما يصح من القوم الذين انتقلت إليهم.

قال في الكتاب: إلا في خصلة وهي ما إذا أوصت بما هو قربة عندهم وهي معصية عندنا، بأن أوصت ببناء البيعة أو الكنيسة، أو ما أشبه ذلك، وكانت الوصية لقوم غير معينين، فهي لا تحفظ فيه عن أبي حنيفة رحمه الله شيئا، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، قال بعضهم: يصح، وقال بعضهم: لا يصح؛ لأنها إن كانت لا تقتل.

---

(١) في م: لادعائهم الإسلام.

ولكنها تجبر على الإسلام، ولا يعتبر اعتقادها، وكان لها حكم المسلمين، فما يصح من المسلم يصح منها وإلا فلا، ألا ترى أن صرفها في الخمر والخنزير لا يصح، ومتلف الخمر عليها لا يضمن، فعلم أنه لا عبرة لاعتقادها بخلاف الذمية.

الفصل السادس والثلاثون

في الوصية بما زاد على الثلث على من يجوز وعلى من لا يجوز

٢٠٩٥٢- قال محمد رحمه الله في الزيادات: امرأة هلكت، وتركت زوجًا لا وارث لها غيره، وقد كانت أوصت لأجنبي بنصف مالها، فللموصى له نصف المال، وللزوج الثلث والسدس لبيت المال، الأصل في جنس هذه المسائل: أن الوصية بالثلث للأجنبي جائزة على الورثة وعلى بيت المال؛ لأنه تصرف في خالص حق الموصي لا يتضمن إبطال حق على أحد، فوجب القول بنفاذه، والوصية بما زاد على الثلث للأجنبي لا تجوز على الوارث إلا بإجازته لتعلق حق الورثة بما زاد على الثلث في مرضه فيما بينهم وبين الأجانب على ما عرف في موضعه، وتجوز على بيت المال؛ إما لأن بيت المال حق عامة المسلمين، والموصى له من جملتهم، فقد وجد في حقه الإسلام وإيجاب الموصي، فيترجح على من لم يوجد في حقه إلا الإسلام، أو لأن تعيين الموصي فوق تعيين الإمام؛ بتصرف لا بحكم الملك، والموصي يتصرف بحكم الملك، والتصرف بحكم الملك أقوى، ثم لو لم يعين الموصي هذا الشخص ولكن عينه الإمام أليس أنه يستحق الكل؟ فإذا عينه الموصي أولى أن يتعين.

٢٠٩٥٣- إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج المسألة، ووجه ذلك أن يبدأ بوصية الأجنبي في قدر الثلث؛ إذ ذكرنا أن الوصية بالثلث للأجنبي جائزة على الوارث وعلى بيت المال، والوصية الجائزة مقدمة على الميراث، ومطلق الوصية ينصرف إلى الثلث الذي هو حق الموصي، فيعطى الأجنبي ثلث المال أولًا، إنما بقي ثلثا المال، فيعمل الإرث فيه، فيعطى الزوج نصفه، وهو ثلث جملة المال، يبقى ثلث آخر وهو تركة الميت، ولا مستحق له بالميراث؛ لأن الزوج لا يستحق زيادة على النصف، وقد بقي من وصية الأجنبي السدس، فيعطى له السدس، بقي سدس آخر، لا مستحق له لا بالوصية ولا بالميراث، فيوضع في بيت المال، وإن كانت أوصت للزوج بنصف المال، فإن المال كله للزوج النصف بحكم الإرث، والنصف بحكم الوصية، ووجه ذلك أن يعطى الزوج

ولا نصف المال بحكم الإرث؛ لأن الوصية للوارث موجودة من الميراث، في حق الزوج النصف أولاً بالإرث، بقي النصف الآخر فارغًا عن الإرث، يكون لبيت المال، ولولا الوصية للزوج، لأن الوصية للوارث على بيت المال صحيحة، فيكون النصف الآخر للزوج بحكم الوصية، فقد صرف الوصية بالنصف الفارغ عن الميراث، ونوزع هل قلنا: إذ لو كان شيء يكون أحد الوارثين في النصف المستحق بالميراث، فيبقى ثمة ربع فارغ، فيكون لبيت المال، إذا مات هكذا تصحيحًا للوصية في الكل.

وكذلك لو تركت عبدين قيمتهما سواء وأوصت لزوجها بأحد العبدين بعينه، فهما جميعًا للزوج أحدهما بحكم الإرث، والآخر بالوصية، وهذا لأن المرأة لما ملكت الإيصاء للزوج بنصف المال، ملكت الجمع في أحد العبدين بعينه، ألا ترى أن الأب لما ملك الإيصاء بثلث المال ملك الجمع في شيء بعينه، وإذا ملكت الجمع، صار العبد الذي لم يضف إليه معينًا للإرث، وصار العبد الآخر معينًا للوصية.

قال في العيون: لو أن رجلاً مات وترك امرأة لا وارث له غيرها وقد كان أوصى بماله كله لرجل فإن أجازت المرأة الوصية كان جميع المال للأجنبي، وإن لم تجز المرأة، فلها السدس، وخمسة الأسداس للأجنبي، والوجه ما مر أن [illegible] الوصية للأجنبي [illegible] الثلث، فيعطى له ثلث المال بالوصية، بقي هناك ثلثا المال، فيصير فيه الإرث، فتعطى المرأة ربعه، وذلك سدس جميع المال سهم من ستة، يبقى ثمة ثلاثة، فهي تركة الميت، ولا مستحق لها بالإرث، فيعطى للموصى له بالوصية.

٢٠٩٥٤ - ولو أن امرأة ماتت ولم تدع وارثًا غير الزوج وقد كانت أوصت لأجنبي بجميع مالها، إن أجاز الزوج الوصية، فالمال كله للأجنبي، وإن لم يجز فللأجنبي ثلثا المال، والوجه ما مر أنا بدأنا بوصية الأجنبي بقدر الثلث، ونعطي الزوج نصف ما بقي وهو ثلث المال بقي هناك ثلث آخر لا مستحق له بالإرث، فيكون للموصى له أيضًا، فصار للموصى له ثلثا المال.

٢٠٩٥٥ - وإذا مات الزوج وترك امرأة لا وارث له غيرها وأوصى لأجنبي بنصف ماله وأوصى لامرأته بنصف ماله أيضًا فإنه يعطى الأجنبي أولاً ثلث ماله وللمرأة ربع ما بقي إرثًا والباقي يقسم بينهما على قدر حقوقهما، ووجه ذلك أنا نبدأ بوصية

الأجنبي بقدر الثلث كما ذكرنا ونعطي المرأة بالميراث ربع ما بقي ، وكان الحساب من ستة يبقى ثلث تقسم بينهما على قدر حقوقهما[1] وحق الأجنبي كان في ثلثه ، وقد استوفى سهمين بقي حقه في سهم نصف ذلك السهم في محل وصيته ونصفه في محل الإرث ، وهو يستحق الضرب بالكل ، أما عندهما فظاهر ، وأما عنده فلأن الإرث عنده إنما يبطل الضرب بالوصية إذا حصلت الوصية بشيء لا يملك الموصي الإيصاء به ، ولا يسلم ذلك للموصى له إلا بإجازة الوارث حتى يبطل ذلك برد الوارث . وفي هذه المسألة الوصية حصلت بالنصف وإنها لا تتعلق بإجازة الورثة فصار النصف ههنا كالثلث في سائر الوصايا ، والوصايا إذا اجتمعت في الثلث وجب الضرب بها في كلها في مواضع المزاحمة ، وحق المرأة كان في ثلثه وقد استوفت سهمًا ، وما استوفت نصفه من محل الإرث ، فلا تعتبر وصيتها فيه لكونه مستحقًا لها بالإرث ونصفه من محل وصية الأجنبي ، فبقي حقها وصية في سهمين ونصف ، فانكسر بالأنصاف ، فيجعل كل نصف سهمًا ، فصار وصية المرأة خمسة أسهم ووصية الأجنبي سهمين ، فجعلته سبعة أسهم ، تقسم الثلاثة الباقية بينهما على سبعة أسهم وهي لا يستقيم عليها ، فيضرب أصل الحساب ، وذلك ستة في مخرج السبع وذلك سبعة ، فيصير اثنين وأربعين يأخذ الأجنبي الثلث أولا ، وذلك أربعة عشر ، وتأخذ المرأة بالميراث ربع الباقي سبعة ، يبقى هناك واحد وعشرون تقسم بينهما أسباعًا خمسة أسباعه للمرأة وهي خمسة عشر وسبعاه للأجنبي ستة ، فحصل للأجنبي مرة أربعة عشر ومرة ستة وذلك عشرون ، وحصل للمرأة مرة سبعة ومرة خمسة عشر ، فذلك اثنان وعشرون ، فإذا جمعت بين الجملتين كان المجموع اثنين وأربعين ، فيستقيم التخريج .

---

(١) هكذا في ظ ، وكان في الأصل وف وم حقهما .

الفصل السابع والثلاثون
في الوصية مع الجهالة

٣٠٩٥٦- وإذا أوصى بثلث ماله لأحد إخوته ولم يبين لأيهم، قالوا: ثمة يعطونه واحداً، فقد تجوز هذه الوصية مع الجهالة؛ لأن هذه جهالة مستدركة، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية، ثم الاستدراك إلى الورثة؛ لأنهم قاموا مقام الميت، فإن اختلفوا في ذلك يؤخذ بقول أكثرهم، وإن استووا يؤخذ بالأول، فإن كانت الورثة صغاراً يوقف ذلك حتى يدرك فيعطي أيهم شاء، وإن أنفذ القاضي ذلك وأمر الوصي أن يعطي أيهم شاء جاز، هذه الجملة مروية عن أبي يوسف رحمه الله أوردها في نوادره.

٣٠٩٥٧- وفي «النوازل»: إذا أوصى بوصايا لقوم، فنسي الوصي مقدار وصية كل واحد منهم يستأذنهم في أن يعطيهم كيف شاء، فإن أذنوا له جاز له أن يعطي كيف شاء.

٣٠٩٥٨- وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: إذا أوصى بأحد العبدين ومات قبل أن يعطيه واحداً منهما يعني مات الموصي فقال بعض الورثة: يدفع هذا وقال البعض: يدفع ذاك، فعن محمد رحمه الله يوقف ذلك حتى يجتمعوا، وإن كانوا صغاراً إلى أن يبلغوا، وفي وصايا الإملاء أيهم سبق بحثه فالوصية تصرف إليه. وليس للباقين قول، وإن كانوا صغاراً، فالوصي يدفع أقلهما قيمة، وإن دفع أكثرهما قيمة جاز، وللقاضي أن يدفع أيهما شاء.

ولو أوصى بهذا العبد لأحد هذين الرجلين، فهو على هذا الاختلاف، وقد قيل: إذا قال بعض الورثة: يدفع العبد إلى هذا، وقال البعض: لا، بل يدفع العبد إلى ذلك، فلكل واحد منهما أن يدفع نصيبه إلى من اختاره.

٣٠٩٥٩- وفي «عيون المسائل»: إذا أوصى بثلث ماله لفلان أو لفلان، قال أبو حنيفة رحمه الله: الوصية باطلة، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه بينهما نصفان، وعنه

رواية أخرى : أنهما إن اصطلحا ، فالوصية لهما . وعن محمد رحمه الله : أن هذا إلى الوارث يعطيه أيهما شاء وليس للوصي ذلك .

٢٠٩٦٠ - وفي "المنتقى" : إذا قال : ثلث مالي يوقف فينفق على من يحتاج من ولدي وإخوتي وله خمسة بنين وخمسة إخوة ، فالثلث بين الإخوة وبين الولد نصفين ، فإن احتاج واحد من إخوته ينفق عليه من نصف الثلث وإن قال ولده : نحن نقسم حصته بيننا على فرائض الله تعالى لم يقسم بينهم ؛ لأن ولده لو ماتوا أغنياء ، كان ذلك للإخوة على الوصية . وإن احتاج واحد من ولده لم ينفق عليه ، ولكن حصة الولد تقسم بين أولاد الميت على الميراث ؛ لأنه بمنزلة وصية ولا وصية للوارث .

وإذا قال : ثلث مالي بين أعمامي وأخوالي ، وله عم وخال ، فالثلث بينهما ، وإذا كان له عم واحد أو عمان ، وليس له خال يرد نصف الثلث إلى الورثة ، وكذلك إذا كان له عمان ولا خال له . ولو قال لإخوتي : وله أخ واحد وهو يعلم ، أو لا يعلم ، فله نصف الثلث .

الفصل الثامن والثلاثون
في المتفرقات

٢٠٩٦١ - المنتقى: رواية المعلى عن أبي يوسف رحمه الله: إذا أوصى أن يسقى الماء عنه شهراً في الموسم، أو أوصى بذلك في سبيل الله، فالوصية باطلة في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن أوصى أن يسقى عنه في الموسم، فإنه يسقى عنه يوم التروية ويوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق، ويصرف لهذه الوصية من الثلث بجميع الثلث، فقد أشار إلى جواز هذه الوصية، وأشار إلى المعنى، فقال: تعارفه المسلمون[1] فيما بينهم، فيجب تقريره.

٢٠٩٦٢ - المعلى عن أبي يوسف رحمه الله أيضاً: امرأة أوصت لزوجها بجميع مالها ولا وارث لها غيره، فالقاضي يقول للزوج: أتجيز الوصية أو لا تجيزها؟ فإن أجاز، فله نصف المال بالوصية والنصف بالإرث، وإن لم يجز، فله النصف بالإرث، ولا شيء له غير ذلك، وقال محمد رحمه الله: القاضي لا يقول له: أتجيز الوصية أو لا تجيزها، ولكنه إن رد الوصية، فله نصف المال، وإن قبل أخذ المال كله.

٢٠٩٦٣ - وفي "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله: رجل أوصى بأن يعتق عنه عبد من عبيده بغير عينه، وترك وارثين: أحدهما صغير، والآخر كبير، فاختار هذا الكبير عبداً قال محمد رحمه الله: ليس له ذلك إلا بأمر القاضي، سواء وافقه وصي الصغير في ذلك، أو لم يوافقه، ولم يجعل الوصي يقوم مقام الصغير في هذا.

٢٠٩٦٤ - إذا أوصى بمائة درهم من ماله لإنسان بعينه، فباع منه الوصي شيئاً من مال اليتيم بمائة، أو صالحه على ثوب قيمته قليل[2] جاز، وكذلك لو حط الوصي له البعض، وأخذ البعض جاز.

(١) هكذا في ظ وب، وكان في الأصل وم: معارفة المسلمون.

(٢) وفي م: أو صالحه على ثوب قليل القيمة أو مثلها جاز.

ولو كانت الوصية للمساكين بمائة ، فصالح الوصي ثلاثة منهم على عشرة دراهم لايجوز قياسًا ، وله أن يسترد العشرة ؛ لأنه أعطاهم على شرط أن يسقط الباقي عن الورثة ، وفي الاستحسان : يجوز ، ولهم العشرة ، ويؤدي الوصي تسعين درهمًا للمساكين ، ولو صالحهم على ثوب قليل القيمة لا يجوز ، وله أن يأخذ الثوب ؛ لأنه ليس جنس حقهم بخلاف ما تقدم ، ولو أوصى بثلث ماله ، فأعطى الوصي الأغنياء ، وهو لا يعلم لا يجزئه ، والوصي ضامن في قولهم جميعًا ؛ لأنه خالف لا إلى خير .

٢٠٩٦٤ - وإذا أوصى إلى رجل بصوف غنمه أو لبنها وسمنها أبدًا ، وأوصى بولد غنمه أبدًا ، فإن ذلك لا يجوز إلا ما كان على ظهرها من الصوف ، وفي ضرعها من اللبن ، وفي اللبن الذي في ضرعها من السمن ، وفي الولد الذي في بطنها يوم موت الموصي ، فالوصية بالموجود من هذه الأشياء يوم موت الموصي له جائزة ، أما الوصية بالولد الموجود فلأنه يجوز تمليكه بعقد من العقود سوى الوصية وهو الخلع ، فيجوز بعقد الوصية .

وأما اللبن الموجود والصوف القائم على ظهر الشاة ، فإنما جازت الوصية بهما : أما عند أبي يوسف رحمه الله : فلأنه يجوز تمليكها بعقد سوى الوصية وهو الصلح ، حتى إن من ادعى غنمًا في يد إنسان ، ثم اصطلحا على الصوف القائم على ظهرها ، أو اصطلحا على اللبن الموجود في ضرعها يجوز ، فيجوز تمليكها[1] بالوصية أيضًا ، وأما على قول محمد رحمه الله : فلأنه مال قائم حال اتصاله ، وحال انفصاله عن الأصل ، فلو امتنع جواز الوصية بها إنما امتنع لمكان الجهالة أو لمكان الغرر ، وكل ذلك لا يمنع جواز الوصية ، فأما الوصية بما يحدث من هذه الأشياء بعد الموت ذكر أنه لا يجوز .

قال : وهذا والغلة سواء في القياس ، ولكن أدع القياس فيه ، وأستحسن ذلك ، ذكر القياس والاستحسان ، ولم يبين مراده من ذلك ، فيحتمل أن يكون مراده أن القياس أن تجوز الوصية بما يحدث من هذه الأشياء بعد الموت كما في الغلة والثمرة ، وفي الاستحسان : لايجوز ، ويحتمل أن يكون مراده القياس أن لا تجوز الوصية بما حدث من هذه الأشياء ، وبما يحدث من الغلة والثمرة ، ولكنا استحسنا ، وقلنا : بالجواز في الغلة

---

(١) وفي م : تمليكها .

والثمرة دون هذه الأشياء، فإن كان المراد هو الأول، فوجه القياس: أنه أوصى بفرع من فروع ملكه أبدًا، فيجب أن تجوز الوصية كما لو أوصى بالغلة والثمرة، وجه الاستحسان: أنه أوصى بما لا يجوز تمليكه بعقد من العقود، فإن الولد الذي لم يحدث بعد، والصوف الذي لم يوجد في المستقبل إنه لا يجوز تمليكه بعقد من العقود، وما لا يجوز تمليكه بعقد من العقود، فلا يجوز الوصية به؛ لأن الوصية عقد تمليك، وبهذا الطريق لم تجز الوصية بالخمر وبأطراف العبد والشاة بخلاف الغلة والثمرة التي تحدث؛ لأنه يجوز تمليكها بعقد من العقود بحال من الأحوال، فتجوز الوصية بهما. وإن كان المراد هو الثاني، فوجه القياس أن الوصية بما يحدث من الغلة والثمرة وصية بفرع من فروع ملكه، فيجب أن لا يصح كالوصية بالصوف واللبن والولد، وجه الاستحسان: أنه أوصى بما يجوز تمليكه بعقد من العقود، فيجوز كالوصية بالمنافع والأعيان بخلاف اللبن المعدوم والصوف المعدوم؛ لأن هناك أوصى بما لا يجوز تمليكه بعقد من العقود.

٢٠٩٦٦- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: إذا أوصى بأرض ونخل لرجل وعلى رؤوس النخل ثمر، أو أوصى بأرض لرجل، وفيها زرع، فالثمر والزرع للورثة، ويترك الثمر على النخل إلى أن تدرك بغير أجر، ويترك الزرع في الأرض إلى أن يستحصد بأجر مثل الأرض. وذكر في "المنتقى": أن للموصى له أن يأخذ الورثة بقلعه الساعة.

٢٠٩٦٧- ولو أوصى بالثمر أن يباع، ويجعل ثمنها في المساكين، ثم مات قبل أن يدرك، ترك الثمر حتى يدرك بغير أجر، ولو أوصى بالزرع أن يباع، ويجعل ثمنه في المساكين، ثم مات، تركه حتى يدرك بأجر مثل الأرض من الزرع.

٢٠٩٦٨- وفي "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله قال في وصيته: بيعوا هذه الجارية من فلان، واحطوا له من ثمنها ألف درهم، فباعوها بألف قال: يعطونها بالألف، وليس هذا بحط عن المشتري، فإن استحقت الجارية، فلا شيء للمشتري قد رجع إليه ماله، ولو أنه قال: أعطوها من ثمنها خمسمائة، فبيعت بألف، فأعطوها خمسمائة، ثم استحقت الجارية، رجع المشتري بالخمسمائة التي بقيت.

٢٠٩٦٩- قال: وفي "المنتقى": إذا قال الرجل في وصيته: زوجوا جاريتي هذه من

نشاء يبيعونها ممن تشاء ، فإن قال : بيعوها للعتق ، تباع كما تباع النسمة ، يحط من قيمتها كما يحط الناس ، فيكون ذلك من الثلث ، وإن قال : بيعوها ممن يتخذها أم ولد ، أو يدبرها ، فإني أجيزه بالاستحسان ، ثم شرط العتق واتخاذها أم ولد لا يكون في نفس البيع ، ولكن يحلف من يريد شراءها أنه سيفعل ذلك بها إذا اشتراها ، فإن لم يجد أحد يريدها لذلك ، فإنه يبيعها أمة يعني لا يحط من قيمتها ، وتباع ممن يشتريها ، ولا يريد بها ما ذكرنا ، والموصى له إذا وجد ما تركه عيبًا ، فإن كان للميت وارث ملك الرد على البائع

٢٠٩٧٠ – في الباب الأول من وصايا الجامع : أراد الرجل أن يخص بعض أملاكه لبعض ورثته ، أو لولد من أولاده والوارث صغير ، ويريد أن يكون أملاكه للولد ، أو للوارث بعد موته ، وينتفع هو بذلك حال حياته ، فالوجه في ذلك أن يملك ذلك الملك من غيره ، ثم يوصي ذلك الغير لولده ذلك أو لوارثه ، ويبيح الانتفاع لهذا الرجل ما دام هذا الرجل حيًا ، وكثيرًا ما تقع الحاجة إليها للناس .

٢٠٩٧١ – وإذا أراد الرجل أن يتصدق عنه بعد وفاته لأجل صلاته الفائتة ، ولا يأمن من الوارث أن يفعل وصيته لو أوصى بذلك ، وربما أوصى بثلث ماله قبل ذلك ، ولو أوصى بذلك(1) أيضًا دخل هذا في الثلث ، وهو يريد أن يكون هذا وراء الثلث ، فالحيلة في ذلك أن يبيع شيئًا من أملاكه في حال حياته وصحته ممن يثق به ، ويشهد عليه ، ويسلم المبيع إليه ، ويبرئه من الثمن حتى يبيع المشتري ذلك الشيء بعد وفاته ، ويتصدق بثمنه عنه ، فيجوز – إن شاء الله تعالى – فإن خاف أن لا يفعل ذلك الرجل ، ويمسك ذلك الشيء لنفسه ، ولا يبيع ، ولا يصرف ثمنه إلى الوجه الذي قال ، فالوجه في ذلك أن يبيع ذلك العين من ذلك الرجل بشيء ملفوف ، ويكون الملفوف معيبًا بقليل عيب ، ولا يرى البائع الملفوف ، ولا يرضى بالعيب ، ويوصي إلى إنسان أن يرى ذلك الشيء المعيب بعد وفاته ، فيرده الوصي بالعيب إذا امتنع مشتري ذلك الشيء عن البيع ، فيعود ذلك الشيء إلى ملك ورثته ، وإنما اخترنا خيار العيب في هذه المسألة ؛ لأن خيار العيب يبقى بعد الموت ، ولا كذلك خيار الرؤية .

٢٠٩٧٢ – سئل الحسن بن أبي مطيع رحمه الله عمن أوصى بوصية من ثلث ماله ،

(1) وفي م : ولو أوصى بهذا رجلا دخل هذا في الثلث .

ثم قال : أعرضوا وصيتي هذه على فلان ، فما يرد منه ، فهو مردود ، وما أجاز ، فهو جائز ، فلم يعرضوا ذلك على الرجل ، أو عرضوا ، ولم يجز حتى مات ، قال : الوصية جائزة حتى يرد منها الذي فوض إليه ، فلما فقد الرد ، مضت الوصية على ما أمر به ، ألا ترى أن من له الخيار في البيع إذا مات في مدة الخيار مضى الخيار[1] على وجهه ، كذا ههنا .

٢٠٩٧٣ - وفي الفتاوى سئل أبو بكر رحمه الله : عمن أوصى إلى غيره ، فقال الوصي : أنا أقبل وصيتك في إنفاذ ثلث مالك ، ولا أقبل وصيتك في قضاء ديونك ، فأجابه الوصي إلى ذلك ، قال : إن لم يجعل الميت قضاء ديونه إلى غيره ، فالوصي يتكلف جميع أمور الميت .

٢٠٩٧٤ - وفي "فتاوى النسفي" سئل عمن قال : خويشان مرا باد كاريها وصيت از مال من قال : تصح الوصية ، وتنصرف إلى قريب له لا يرث منه ، أو من قريب لا وصية له ، والتقدير في ذلك في مخاطبه بذلك ، فيعطي هو من مال الميت قدر ما يشاء مما يطلق عليه اسم التذكرة ؛ لأنه لما لم يبين ، فقد جعل التقدير[2] إلى المخاطب .

٢٠٩٧٥ - دفع إلى رجل ألف درهم ، وقال : هذه الألف لفلان ، فإذا أنا مت ، فادفعها إليه ، فمات يسع لهذا الرجل أن يدفعها إلى فلان ، وإن لم يقل : هو لفلان لا يسعه أن يدفعها إليه إذا مات الآمر ؛ لأن بالموت صار للورثة في هذه الصورة ، فلم يصح تصرفه فيه بخلاف الوجه الأول ؛ لأنه لما قال : لفلان لم يصر ملكًا لورثته .

٢٠٩٧٦ - عن محمد رحمه الله أيضًا - في رجل أوصى لرجل بعبد ، والموصى له غائب ، قال : ينفق على العبد من مال الميت ، فإذا قدم الموصى له ، فإن قبل الوصية ، يرجع عليه بالنفقة . رجل أوصى لرجل بعبد ، ومات الموصي ، فلما بلغ الموصى له قال : هو حر عتق ، وهذا منه قبول الوصية .

٢٠٩٧٧ - وفي "نوادر المعلى" عن أبي يوسف رحمه الله : رجل أوصى لعبد غيره بشيء ، ثم إن المولى باع ذلك العبد من رجل ، ثم قبل العبد الوصية ، قال : الوصية

---

(١) هكذا في ظ ، وكان في الأصل وف وم "مضى البيع" .

(٢) هكذا في ظ وم وف ، وكان في الأصل "التقدير في ذلك إلى المخاطب" .

للمولى الذي يكون القبول في ملكه، قال: وهذا بمنزلة أمة تزوجت بغير أمر المولى، ثم أعتقها، فالمهر لها إن وقع الدخول بعد العتق، وللمولى إن وقع قبله، وقال محمد رحمه الله: الوصية في الوجه كلها للذي يكون مولى العبد يوم موت الموصي.

٢٠٩٧٨ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: إذا شهد الوارث على نفسه أنه قبض من الوصي جميع تركة والده، ولم يبق له من تركة والده قليل ولا كثير إلا وقد استوفاه؛ ثم ادعى بعد ذلك داراً في يد الوصي، وقال: هذه من تركة والدي تركها ميراثاً، ولم أقبضها قال: هو على حجته، أقبل بينته، وأقضي بها له، قال: رأيت لو قال: قد استوفيت جميع ما تركه، والذي من الدين على الناس، وقبضت كله، وجاء برجل يزعم أن لأبيه عليه دين كذا، ثم أقبل بينته عليه، وأقضي له بالدين عليه، كذا ههنا.

٢٠٩٧٩ - وفي "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله: إذا أوصى بثلث ماله، وله عقار وعروض، فللوصي أن يبيع العروض كلها، وإن كانت الورثة حضوراً أو كرهوا بيعه، ولا يبيع من العقار إلا الثلث.

٢٠٩٨٠ - المعلى عن أبي يوسف رحمه الله: الوصي إذا خلط مال اليتيم بمال نفسه لا يضمن؛ لأن الاحتراز عنه في حق الوصي متعذر أو متعسر، فسقط اعتباره.

إبراهيم قال: قلت لمحمد رحمه الله: ما غيبة الكبير التي يجوز بيع الوصي في المتاع قال: إذا كان بالكوفة على مسيرة ثلاثة أيام.

٢٠٩٨١ - وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف رحمه الله: إذا كان للميت ابنان صغيران أنفق الوصي على أحدهما أكثر مما أنفق على الآخر، ثم هلك المال اتبع أقلهما نفقة صاحبه بمثل فضل النفقة التي يفضل بها، ولا يشبه ذلك حتى يقوم عليه بينة، ولا يقبل قول الوصي في ذلك.

٢٠٩٨٢ - ذكر عيسى في "نوادره": أرض وقفت على المساكين استأجرها رجل من وصيه وزرعها، فمات الوصي، وأوصى إلى هذا الرجل، ثم يكن المستأجر وصياً في دفع أجرة تلك الأرض إلى المساكين إلا أنه إن دفعها إليهم بشهادة شهود، جاز ذلك، ولا يقبل قوله فيه بغير بينة، وإنما هذا بمنزلة رجل كان له على رجل دين فمات، وأوصى

يليه ، فإنه وصي في الأشياء كلها إلا أنه لم يكن وصيًّا في الاقتضاء عن نفسه ، كذا هنا .

٢٠٩٨٣- وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله : رجل مات ، وفي يده دار أو عبد وديعة ، وله وصي وابن كبير قال : الوديعة تكون في يد الابن ، فإن قال الابن : هذه داري تركها أبي لي ميراثًا ، وقال الوصي : بل هو دار فلان كانت في يد أبيك وديعة ولي على ذلك بينة تقبل بينته .

٢٠٩٨٤- وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله : إذا أمر الوصي رجلاً أن يضمن عن الميت دينه ، فضمن ، وأدى رجع بما ضمن في مال الميت ، ولا يرجع به في مال الوصي إلا أن يكون الضامن خليطًا للوصي يعامله ، ويأخذ منه ويعطيه ، ففي هذه الصورة يرجع على الوصي في ماله استحق ذلك .

٢٠٩٨٥- وفي نوادر هشام : سألت أبا يوسف رحمه الله عن رجل أوصى بغلة داره للمساكين ، فهدمت الدار يهدمونه في بناء المدينة ، فأخذت عوضًا قال : يبني بالعوض دارًا تكون غلتها للمساكين قلت : فإن تصدقوا بالثمن قال : أرجو أن لا يجزئه .

٢٠٩٨٦- قال : وإذا أوصى لصبي بمال سماه قال : أوصيت له بهذا المال ، فأعطوا إياه بعد ما يموت أبوه ، أو قال : أعطوه إذا أدرك ، فالوصية وجبت له بعد موت الموصي ، وللوصي أن لا يدفع إلا بعد الوقت ، فإن دفع إلى القاضي ، فرأى القاضي أب الصبي موضعًا لمال الصبي أمر الوصي بدفع المال إلى الأب ، ودفعه إليه جائز .

ولو قال الموصي : يتيمًا مات أبو هذا الصبي ، فقد أوصيت له بكذا ، لم تجز هذه الوصية عند علمائنا رحمهم الله ، وقال ابن مقاتل رحمه الله : يوقف المال ، فإن مات الصبي قبل موت أبيه بطلت الوصية ، ذكر الفضلي في فتاواه في وصي ومشرف أن الوصي أولى بإمساك المال ؛ لأن المشرف ليس بوصي آخر إنما حكمه ألا يجوز تصرف الوصي إلا بعلمه .

٢٠٩٨٧- وفي واقعات الناطفي : إذا أوصى إلى رجل ، وجعل رجلاً آخر مشرفًا عليه ، فالمشرف وصي الميت ، كأنه قال : جعلتكما وصيين ، فليس لأحدهما أن يتصرف دون الآخر فيما لا ينفرد به أحد الوصيين ، والصحيح ما ذكره الفضلي . في النوازل : أوصت امرأة بثلث مالها ، فأنفذ الوصي بعض وصيتها ، وبقي في يد الورثة

شيء، هل يجوز للوصي أن يترك ذلك في أيديهم إذا علم الوصي من ديانة الورثة أنهم يخرجون الثلث جاز له الترك وإلا فلا.

٢٠٩٨٨- عم الصغير إذا باع عيناً من أعيان الصغير، ثم إن الحاكم جعل الصغير وصياً، وأجاز الوصي ذلك البيع، جاز استحساناً إن كان المبيع قائماً.

٢٠٩٨٩- جدار بين داريْن لصغيرين لهما عليه حمولة، ولكل واحد وصي، وقد وهى الجدار، ويخاف سقوطه، فطلب أحدهما المرمة والبناء، وامتنع الآخر عن مرمته، فطالب المرمة أن يرفع الوصي الآخر إلى القاضي، ويجبره بالقضاء، ويبعث القاضي أميناً ينظر فيه، فإن رأى في تركه ضرراً عليهما أمر الآبي حتى يبني مع صاحبه بخلاف المالكين البالغين إذا امتنع أحدهما: لأنه قد رضي بإدخال الضرر على نفسه، فلا يجبر على دفعه، أما ههنا الوصي إذا أراد إدخال الضرر على الصبي، فلا يمكن من ذلك.

٢٠٩٩٠- وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله: رجل أوصى بشيء من هذه الغنم لرجل وهي مائة، فهلكت الغنم إلا ثلثين، وهي تخرج من الثلث فإن ذلك له، ولو أوصى بثلث هذه الدار، ثم استحق ثلثاها كان الثلث الباقي كله له إذا كان يخرج من الثلث، والدار بمنزلة الغنم، والله أعلم في هذا.

٢٠٩٩١- وفي نوادر ابن سماعة أيضاً عن أبي يوسف رحمه الله: رجل أوصى أن يوقف هذه النخيل على ولد فلان وولد ولده، يجري غلتها عليهم أبداً، فإنه لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله إلا لمن ولد منهم، أو يولد لأقل من ستة أشهر بعد ذلك؛ لأنه وصية لقوم معروفين، والوصية في مثل هذا تجوز لمن قد خلق، ولا تجوز لمن لم يخلق منهم عند أبي حنيفة رحمه الله، ويجوز ذلك لهم في قول من يرى الوقف، ولو أوصى بأن يوقف ذلك على المساكين، جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله أيضاً.

ولو أوصى لولد فلان بنخيل تجري عليهم غلتها موقوفة، وعلى عقبهم أبداً، فادعى فلان ولداً من أمة له، فأثبت نسبه منه، فإنه يدخل معهم فيما يستغلون كأنه ولد حدث له الآن، ولا يرجع عليهم فيما قد مضى؛ لأنه لا يصدق عليهم.

٢٠٩٩٢- رجل قال في مرضه وليس ذلك في ذكر وصيته: دراهم بستاني غلة يجري منها لولد فلان وولد ولده موقوفة عليهم أبداً، فإن احتاج إليها ولدي أنفق عليه من

منها، قال في المنتقى: هذا وقف وليس بوصية وهو جائز في قول من يجيز الوقف.

٢٠٩٩٣ - وفي نوادر المعلى عن أبي يوسف رحمه الله: إذا قال الرجل: إن مت في مرضي هذا، فلفلان علي ألف درهم دين، فهو وصية من ثلثه.

٢٠٩٩٤ - وفي المنتقى: إذا قال: ثلث مالي لأكابر ولد فلان ولفلان ابنان، أحدهما ابن عشر سنين، والآخر ابن اثنتي عشرة سنة، فهما من جملة الأكابر.

٢٠٩٩٥ - وفي نوادر بشر عن أبي يوسف رحمه الله: إذا قال: أوصيت بثلث مالي لأخي ونسبته، وله أخ معروف من نسب، فهذا جائز، والوصية مخالفة للإقرار؛ لأن الوصية تجوز في المجهول.

الفصل التاسع والثلاثون
في تصرف غير الوصي والوارث في مال الميت

٢٠٩٩٦ - ذكر في "فتاوى أهل سمرقند": إذا تصرف واحد من أهل السكة في مال الميت من البيع والشراء، ولا وصي للميت، وهو يعلم أنه لو رفع الأمر إلى القاضي حتى ينصب وصيًا، فالوصي يأخذ المال ويفسده، أفتى أبو بكر الدبوسي(١) رحمه الله أن تصرفه جائز للضرورة، وهذا منه نوع استحسان، وبه يفتى.

٢٠٩٩٧ - وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": غريب نزل في بيت رجل فمات فيه، وترك دراهم، ولم يوص إلى أحد، يرفع رب البيت الأمر إلى الحاكم حتى يأمره بشراء كفنه من ماله، فإن لم يجد القاضي، كفنه كفنًا وسطًا. وهذا إذا كان لا يعلم مفسدة في الرفع إلى القاضي، أما إذا كان يعلم ذلك فلا يرفع الأمر إليه ويكفنه كفنًا وسطًا.

٢٠٩٩٨ - وعن أبي سليمان الجوزجاني رحمه الله: أنه قال: مات رجل يقال له: ابن المروزي، ولم يوص إلى أحد، فباع محمد بن الحسن رحمه الله كتبه ومتاعه في بيع من يزيد، ولم يكن محمد رحمه الله يومئذ قاضيًا.

٢٠٩٩٩ - وفي "المنتقى": قال محمد رحمه الله: رجل مات في سفره ومعه رفقاؤه فباعوا متاعه ودوابه وجواريه وهم في موضع ليس فيهم قاضي، قال: بيعهم جائز وللمشتري أن ينتفع به المشتري، فإن جاء وارثه، فوجد متاعه، فله أن يأخذه، وإن شاء، أجاز البيع قال. وهذا بمنزلة اللقطة يتصدق بها الملتقط، فإذا جاء صاحبها ووجدها، فله أن يأخذها، وإن لم يجدها، فله أن يضمن الذي أصابها، وإن شاء أجاز الصدقة، فكذا متاع الميت.

٢١٠٠٠ - وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله: في رجل مات في سفر مع قوم

(١) هكذا في ط وب، وكان في الأصل وم: "أبو نصر الدبوسي".

قال: أستحسن أن يبيعوا ثيابه ومتاعه، ولا يبيعوا الرقيق، ولا ينفقوا على الرقيق من مال الميت، ولكن إن كان معهم طعام، كان هو الذي يأكل منه يعني الرقيق يأكل من طعام مولاه من غير أن يدفعوا إليه، وكذلك الدراهم على نفسه من غير أن ينفقوها عليهم.

الفصل الأربعون
في معرفة صفات أسماء الموصى له

٣١٠٠١ - إذا أوصى بثلث ماله لشبان أهل بيته، أو لكهولهم، أو لشيوخهم(١) قال بعض أهل اللغة: الصبي يسمى غلامًا إلى أن يبلغ تسع عشرة سنة، ثم من تسع عشرة شاب إلى أربع وثلاثين، ثم من أربع وثلاثين كهل إلى إحدى وخمسين، ثم من إحدى وخمسين شيخ إلى آخر عمره، وفي الشرع: الغلام اسم لمن لم يبلغ، وحد البلوغ معلوم، فإذا بلغ صار شابًا وفتى.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن الشاب من خمس عشرة سنة إلى ثلاثين ما لم يغلب عليه الشمط، والكهل من ثلاثين إلى خمسين، والشيخ ما زاد على الخمسين، وفي القدوري عن أبي يوسف رحمه الله: أن الشاب من خمس عشرة سنة إلى خمسين إلا أن يغلب عليه الشمط قبل ذلك، والكهل من ثلاثين إلى آخر عمره، والشيخ من زاد على خمسين، فعلى هذه الرواية جعل أبو يوسف رحمه الله الكهل والشيخ سواء فيما زاد على الخمسين.

وفي وصايا النوازل: قال أبو يوسف رحمه الله: من كان ابن ثلاثين، فهو كهل، وعنه من كان ابن ثلاث وثلاثين فصاعدًا، فهو كهل، وإذا بلغ خمسين، فهو شيخ، وفي نوادر ابن سماعة(٢): الكهل من ثلاثين إلى الأربعين، والشيخ من زاد على الخمسين وإن لم يشب، وإن زاد على الأربعين وشيبه أكثر فهو شيخ، وإن كان السواد أكثر، فليس بشيخ.

وعند محمد رحمه الله: الغلام من كان له أقل من خمس عشرة سنة، والشاب

---

(١) وفي ن: مشيختهم

كتاب المداينات

وقضاء الدين عن نفسه أو عن غيره، والأمر به والقرض والاستقراض

هذا الكتاب يشتمل على عشرة فصول:

الفصل الأول: فيما يجري بين الدائن والمديون

الفصل الثاني: في قضاء الرجل دين غيره بغير أمره من مال نفسه ومن مال المديون

الفصل الثالث: في الرجل المديون يدفع إلى غيره مالاً، وأمره أن يقضي به دينه

الفصل الرابع: في المديون إذا دفع ماله إلى رجل بجهة قضاء الدين ثم جاء أن يجيز رب الدين قبضه

الفصل الخامس: في المديون إذا أمر غيره أن يقضي دينه، ثم إن المديون يقبض الدين بنفسه

الفصل السادس: في المأمور بقضاء الدين إذا قال: قد قضيت، وصدقه الآمر في ذلك، وكذبه رب الدين

الفصل السابع: في الرجل يأمر غيره أن يدفع المال إلى غيره، فيرجع المأمور بذلك أو لا يرجع

الفصل الثامن: فيما يجري بين رب الدين، وورثة المديون

الفصل التاسع: في الإقراض والاستقراض

الفصل العاشر: في المتفرقات.

الفصل الأول

فيما يجري بين الدائن والمديون

٢١٠٠٢- ومن عليه الدين المؤجل إذا قبض منه المال قبل حلول الأجل، ثم استحق المقبوض من يد الطالب، عاد المال مؤجلاً؛ لأن الأجل ما سقط فيها مقصودًا، وإنما سقط حكمًا للقضاء قبل حلول الأجل، والأصل أن الأجل إذا سقط حكمًا لسبب، ثم انفسخ السبب من كل وجه يعود الأجل، كما لو سقط حكمًا للصلح، ثم انفسخ الصلح.

٢١٠٠٣- وفي المنتقى: عن محمد رحمه الله: رجل له على رجل ألف درهم حالة، فقال له رب المال: إن دفعت إلي غدًا خمسمائة، فالخمسمائة الأخرى مؤخرة عنك سنة، وإن لم تدفع إلي غدًا خمسمائة، فالألف عليك على حالها، فهذا جائز.

٢١٠٠٤- ولو أن جماعة جاؤوا إلى رجل، واستقرضوا منه دراهم، وأمروا المقرض أن يدفع إلى واحد منهم الدراهم جملة، فدفع إليهم، ثم إن المقرض طلب جميع الدراهم من المدفوع إليه، فليس على المدفوع إليه إلا حصته؛ لأن المدفوع إليه وكيل من جهة شركائه بقبض أنصبائهم، وقبض الوكيل ينتقل إلى الموكل، فكأنهم قبضوا بأنفسهم، وهناك كذا الجواب، كما قلنا.

٢١٠٠٥- في مجموع النوازل: مسلم باع خمرًا، وقضى بثمنه دينًا عليه لمسلم، لا يحل للطالب أن يأخذه. وإن كان الدين على نصراني، فباع خمرًا، وقضى بثمنها دينًا عليه لمسلم، جاز للطالب أن يأخذه؛ لأن بيع الخمر من المسلم لم يصح، فلم يصر الثمن مملوكًا للبائع، بل بقي على ملك المشتري، فالبائع يدفع مال الغير إلى رب دينه قضاء من دينه، ولا يحل لرب الدين أخذه، أما بيع الخمر من النصراني صحيح، فصار الثمن مملوكًا له فما قضى البائع دين نفسه، فيحل لرب الدين أخذه.

٢١٠٠٦- وفي القدوري في كتاب الحظر والإباحة: رجل له على آخر دراهم

جياداً فقبضه زائفة، وقال: أنفقها، فإن لم ترج لك، فردها علي، فلم ترج[1] له، فله أن يردها استحساناً؛ فإن عقيب ذكر جواب هذه المسألة، كذا قاله أبو يوسف رحمه الله، ويحتمل أن يكون هذا قوله خاصة كما قال فيمن كان له على آخر دراهم جياد، وعن محمد رحمه الله: مثل ذلك ويحتمل أن يكون هذا قول الكل.

٢١٠٠٧ - فرق بين هذا، وبينما إذا اشترى عيناً، فوجده معيباً، وأراد رده، فقال البائع: بعه، فإن لم يشتر منك رده علي، فعرضه على البيع، فلم يشتر منه؛ فلم يكن له أن يرده. والفرق أن المقبوض من الدراهم ليس عين حق القابض، بل هو جنس حقه بحيث لو تجوز به، وصارت عين حقه، فإن لم يتجوز به، بقيت على ملك الدافع، فصح أمر الدافع القابض بالتصرف فيه، وكان عرض القابض تصرفاً منه في ملك الغير بإذن المالك، ومن كان له على رجل دين، فتصرف في ملك المديون بأمره لا يسقط دينه إلا أنه إذا راج له تلك الدراهم، فإنما يسقط دينه؛ لأن في الابتداء تصرف للدافع، وفي الانتهاء لنفسه، فكأن الدافع وكله بأن يبيع دراهمه لأجل الدافع، ثم يقبض له بما يقبضه بدينه، وذلك صحيح. أما مشتري العين فللمشتري العين وإن كان معيباً إلا أن له حق الرد بالعيب، فلا يمكن أن يجعل قول البائع: بعه إذناً منه في التصرف للبائع، فكان عرض المشتري المبيع على البيع تصرفاً منه في المبيع لنفسه، وذلك يوجب سقوط خياره، ولو لم يسقط خياره، إنما لا يسقط لقول البائع: فإن لم يشتر، رده عليه، ولا وجه إلى ذلك؛ لأن أكثر ما فيه أن يجعل هذا منه وعداً للقبول برده عليه إلا أن المواعيد لا يتعلق بها اللزوم، ولأن هذا شرط بخلاف حكم الشرع، فيبطل كما في شرط المرتهن على الراهن أن لا يكون الرهن مضموناً، وكما لو شرط البائع على المشتري أن لا ينفسخ العقد بهلاك المبيع قبل القبض، وإذا قبض الدراهم من مديونه اقتضاء لدينه وأنفقها، ثم ردت عليه بعيب الزيافة. فإن كان حين أنفقها يعلم أنها زائفة، فله أن يردها، سواء قبلها بقضاء أو بغير قضاء.

٢١٠٠٨ - فرق بين هذا وبين المبيع إذا رده البائع بغير قضاء، فإن ثمة لا يكون للبائع أن يرده على بائعه، والفرق أن ثمة الرد إذا كان بغير قضاء جعل عقداً جديداً في

---

(1) وفي م: يرج.

حق الثالث ، وهو المشتري الأول ، أما ههنا فلا يمكن أن يجعل بيعاً جديداً ؛ لأنه لا يملكه الراد على ما قدمنا .

٢١٠٠٩ - قال أبو يوسف رحمه الله : من أقرض كر حنطة عين ، وقبضها المستقرض واستهلكها ، ثم قضاه كر حنطة جيدة ، فإن كان قال له الطالب : لي عليك حنطة جيدة وصدقه المطلوب وقضاه ، ثم تصادقا أن الكر القرض كان عفناً ، فللمستقرض أن يرجع فيما قضاه ، ويعطيه كرا عفنا مثل القرض ، وإن لم يكن الطالب قال له : كذا جيدة لكن المستقرض قضاه جيداً من غير شرط جاز ، وليس له أن يرجع ، قال ثمة : ويحتمل أن يكون جواب الوجه الأول قول أبي يوسف رحمه الله خاصة على ما قدمنا .

٢١٠١٠ - عن محمد رحمه الله من قال لآخر : لي عليك ألف درهم ، وقال له الآخر : إن حلفت أنها لك علي أديتها إليك فحلف ، فأداها إليه المدعى عليه إن كان أداها على الشرط الذي شرطا فباطل ، وللمؤدي أن يرجع فيما أدى ؛ لأن ذلك الشرط باطل ؛ لأنه على خلاف حكم الشرع ؛ لأن حكم الشرع أن اليمين على من أنكر دون المدعي .

٢١٠١١ - في "النوازل" : استقرض دراهم بخارية ببخارى ، أو اشترى سلعة بدراهم بخارية ببخارى ، فالتقيا في بلدة لا يقدر فيها على البخارية يؤجل قدر المسافة ذاهباً وجائياً ، ويستوثق منه ؛ لأنه ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، ويستوثق منه نظراً للطالب .

٢١٠١٢ - من عليه قفيز حنطة لآخر إذا قال له : ليس عندي حنطة ، فبعني الحنطة ، فباعها منه ، واشتراها من عليه ، فالبيع فاسد ، وإن أراد صحته ينبغي أن يشتري المقرض منه ثوباً بتلك الحنطة ، ويقبض الثوب ، ثم يبيع منه ذلك الثوب بما أراد ؛ لأن الحنطة في الذمة تصلح ثمناً ، ولا تصلح مبيعاً إلا بطريق السلم ، وما ذكره من الجواب في أصل المسألة على الإطلاق خلاف رواية "الجامع" ، فقد ذكر في "الجامع" : أن من كان له على آخر طعاماً ، فاشترى ذلك الطعام بدراهم معلومة ، ونقد الدراهم في مجلس الشراء ، فإنه يجوز الشراء ممن عليه الدين .

٢١٠١٣ - إذا حمل حنطة ، فألقاها في بيت الدائن ، فقال له الدائن : كلها حتى ننظر كم هي ، ولم يجر بينهما بيع ، فإن لم يكن جرى بينهما معاملة متقدمة ، تواضعا فيها

على شيء معتبر لكل واحد منهما، فلا يبيع بينهما، أعطى المديون دينه إلى الدائن حيث أخذ اللصوص الطريق يأخذون أموال المسلمين، وأراد الدائن أن لا يأخذ منه ليس له ذلك، لأن المديون حيث ما قدر على الأداء فله أن يؤدي، كذا ذكر عن إبراهيم بن يوسف رحمه الله، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: عندي أن اللصوص إذا كانوا متوفرا عليهم، فله أن يمتنع من القبض؛ لأن المال غير في أيدي اللصوص، ألا ترى أن الكفيل بالنفس إذا سلم في المفازة، أو موضع لا يقدر المكفول له على استيفاء حقه منه لم يصح منه تسليمه، وكذا الغاصب إذا سلم المغصوب إلى المالك في موضع يخاف عليه لم يصح تسليمه حتى كان للمالك أن لا يقبل، وإذا لم يقبل لا يبرأ الغاصب عن الضمان، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: به يفتى.

٢١٠١٤ - في زاد المنتقى: رجل له على رجل عشرون درهما، فدفع من عليه إلى من له مائة درهم، وقال: خذ منها عشرون بحقك، فضاعت قبل أن يأخذها، فإنها من مال الدافع.

وفيه أيضا: رجل له على رجل دينار، فدفع من عليه إلى من له دينارين، وقال: خذ أحدهما قضاء لك، فضاعا قبل أن يأخذ أحدهما بعينه، فدينه على حاله، وهو مؤتمن فيهما، ولو قال أحدهما قضاء لك كان قابضا له بعينه.

الفصل الثاني
في قضاء الرجل دين غيره بغير أمره من مال نفسه أو من مال المديون

٢١٠١٥- أحد الورثة إذا قضى دين الميت عن التركة من مال نفسه، ثم هلكت التركة قبل أن يرجع فيها، ثم ورثوا من ميت آخر لا يكون للذي قضى دين الميت الأول أن يرجع في تركة الميت الثاني؛ لأن القاضي إنما قضى الدين من خالص ماله ليصير ذلك دينًا عليه في مال الميت الأول لا في مال الميت الثاني كتبه في "شرح السير" في كتاب السير.

٢١٠١٦- في وصايا "المنتقى": رجل مات وعليه ديون، وترك ابنًا، وقد كان اشترى عبدًا في حياته، ولم يقبضه، ولم ينقد الثمن، فقضى ابنه البائع الثمن، وقبض العبد، فإنه يكون بينه وبين الغرماء بالحصص، رواه ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله قال: وهذا بمنزلة الرهن لا يكون الابن أحق به، وصورة مسألة الرهن رجل مات وعليه ديون، وببعض الدين رهن، فقضى بعض الورثة دين الغريم الذي بيديه رهن وافتك الرهن، فإنه يكون بينه وبين الغرماء، ولا يكون الوارث الذي قضى الدين أولى به من بقية الغرماء.

٢١٠١٧- من قضى دين غيره بغير أمره يخرج المقضي به من ملك القاضي إلى ملك المقضي له من غير أن يدخل في ملك المقضي عنه، ألا ترى أن قضاء الدين عن الميت صحيح مع أن الميت ليس من أهل الملك ابتداء، ومن قضى دين غيره بسبب، ثم ارتفاع السبب يعود المقضي به إلى ملك القاضي، إن قضاه بغير أمر المقضي عنه، وإن قضاه بأمر المقضي عنه، يعود إلى ملك المقضي عنه؛ لأن الأصل عند ارتفاع السبب أن يعود المقضي به إلى ملك القاضي إلا أن القضاء بأمر المقضي عنه، فالقاضي استحق البدل عليه، فلو قلنا: إنه يعود إلى ملك القاضي بعد ارتفاع السبب يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، وإنه لا يجوز، هذا المعنى معدوم فيما إذا قضى بغير أمره؛ لأن القاضي في هذه الصورة لا يستحق البدل على المقضي عنه، فيرد الأصل، وعن هذا قلنا: إن من يقضي الثمن عن المشتري تطوعًا، ثم انفسخ البيع، يعود الثمن إلى ملك القاضي، ولو كان

تقضى عن المشتري بأمر المشتري، ثم انفسخ البيع، يعود الثمن إلى ملك المشتري.

٢١٠١٨ - إذا مات الرجل وعليه ديون كثيرة، فجاء رجل عند القاضي، وأقر أن للميت عليه كذا كذا من الدراهم أو الدنانير، فأمر القاضي المقر بأداء ما عليه إلى غريم الميت، صح أمره، وإذا دفع، برئ عن دين الميت؛ لأن للقاضي ولاية قضاء دين الميت، وإنما أمره بما هو داخل تحت ولايته، فصح الأمر، وصح الدفع بناء عليه، ولو أن هذا المقر قضى دين الميت عليه بغير أمر القاضي، حكي فتوى شمس الأئمة السرخسي أن القضاء صحيح، وسقط عنه دين الميت.

٢١٠١٩ - وفي آخر كفالة "الجامع" من شرح شيخ الإسلام: مديون الميت إذا قضى دين الميت إلى غريم له على الميت دين كان ذلك مملوكًا لغريم الميت الذي له على الميت دين.

٢١٠٢٠ - وفي الفتاوى إذا مات الرجل وعليه دين ألف درهم وله مكاتب مكاتبته ألف درهم، فأدى المكاتب مكاتبته إلى غريم المولى قضاء عما له على مولاه بغير أمر الوصي، جاز استحسانًا، قال: وهو بمنزلة ما لو كان للميت وديعة عند إنسان ألف درهم وعلى الميت لرجل ألف درهم، فدفع المودع الألف إلى غريم الميت، وقال: هذه الألف مال فلان الميت عندي أديت إليك قضاء عن دينك عليه جاز.

٢١٠٢١ - وفي الفتاوى أيضًا: رجل له عند رجل ألف درهم وديعة، وعلى المودع لرجل ألف درهم دين، دفع المودع الوديعة إلى غريم المودع قضاء عن دينه، وكان ذلك بغير إذن المودع، فللمودع الخيار إن شاء أجاز القضاء، ولا شيء له على المودع، وإن شاء، ضمن المودع، فيأخذ منه ألف، وسلم المؤدي لرب الدين؛ لأن المودع ملك الوديعة بأداء الضمان سابق على الدفع إلى الغريم، وتبين أنه قضى دين الغير من ماله بغير أمره، فيكون متبرعًا، وأشار محمد رحمه الله في في كتاب "الأصل" إلى أن المودع ضامن بدفع الوديعة إلى غريم صاحب الوديعة، وصورة ما ذكر في كتاب الكفالة دفع إلى رجل ألف درهم، وقال له: اقض بها ما وجب لفلان علي من الدين، ولا تدفعها إلا بمحضر من فلان، فدفعها إليه بغير محضر من فلان كان ضامنًا، ألا ترى أن محمدًا رحمه الله ضمن الوكيل الدراهم مع أن الدراهم أمانة في يده، وقد دفعها إلى غريم صاحب الأمانة.

الفصل الثالث

في الرجل المديون يدفع إلى غيره مالا ويأمره أن يقضي بها دينه

٢١٠٢٢ - ذكر هشام في "نوادره" عن محمد رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يعطيها غريمه، فأعطاه المأمور غيرها من عنده، أو باعه بها ثوبًا، أو كان للمأمور عليه دين ألف درهم، فجعلها قصاصًا بها، فهذا كله جائز، قال هشام: يعني لا يكون متطوعًا فيما أدى، وإذا دفع إليه غلامًا، وقال: بعه، وأعط فلانًا ثمنه قضاء بما عليّ، فأعطاه من عنده مثل ثمن الغلام قبل أن يبيعه قضاء عما له على رب الغلام، فهو متطوع، وعلى هذا إذا دفع المديون إلى رجل مالا ليقضي دينه، وقال للمدفوع إليه: ادفع هذا إلى رب ديني فلان قضاء عما له عليّ، وخذ الصك، فدفع، ولم يأخذ الصك لا يضمن، ولو قال: لا تدفع هذا المال حتى تأخذ الصك، أو قال: ما لم تأخذ الصك، فدفع قبل أخذ الصك ضمن.

وعلى هذا: المشتري إذا دفع ثمن ما اشترى إلى رجل ليدفع إلى بائعه، وذكر أخذ الصك، فهو على ما ذكرنا من الوجهين، ولو قال: لا تدفع إلا بمحضر من فلان، فدفع بغير محضر منه ذكر في "الأصل": أنه ضامن، قيل: هذا إذا كان الرجل رفيع القدر يحتشم الناس مخالفته، فأما إذا كان وضيع القدر لا يحتشم الناس مخالفته، فلا ضمان؛ لأن الآمر شرط شرطًا لا يفيد من كل وجه.

٢١٠٢٣ - وفي "الفتاوى": سئل الفقيه أبو بكر رحمه الله عن المديون إذا بعث بالدين على يدي رجل، فجاء به إلى الطالب، وأخبره بذلك فرضي به(١)، وقال للذي جاء بالمال: اشتر لي به شيئًا، فذهب، واشترى ببعضه شيئًا، وهلك الباقي، قال: قد في:

---

(١) وكان في ط وف: "فهي به" معنى واحد

إنه يهلك من مال المطلوب، وقد قيل: إنه يهلك من مال الطالب، قال رحمه الله: وهو الصحيح وعلل، فقال: لأنه أمره بشراء شيء به، فكأنه قبضه. والصحيح من العلة أن يقال: الرضاء بقبضه في الانتهاء بمنزلة الإذن بالقبض في الابتداء، وهذه العلة تشير إلى أن الإجازة تلحق بالأفعال، وهو الصحيح - والله أعلم -.

للمشتري: اشتر مني عبد فلان بكذا، فإنه لم يوكلني ببيعه، ولكني أرجو أن يجيز ذلك، فاشتراه المشتري على ذلك، ودفع إليه الثمن، فقبضه البائع، ووضعه عنده، ثم أجاز مولى العبد البيع، فهو جائز. ويصير ذلك الثمن لمولى العبد ساعة إجازة البيع، ولو ضاع الثمن من يد البائع قبل أن يجيز مولاه البيع، فلا ضمان به للمشتري على البائع؛ لأن الثمن عنده كان بمنزلة الوديعة للمشتري، فإن أجاز مولاه البيع بعد ذلك لم يجز، ولا يكون له أن يرجع على المشتري بالثمن، ولا يكون له أن يضمن البائع.

الفصل الخامس

في المديون إذا أمر غيره أن يقضي دينه

ثم إن المديون يقضي الدين بنفسه

٢١٠٢٨ - في كتاب الأقضية روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله: في رجل أمر رجلاً أن يدفع إلى فلان ألفاً عليه، ثم قضى الآمر الطالب مالاً، فدفع المأمور الألف بعد ذلك إلى الطالب، فإن الدافع يرجع بما دفع على القابض، ولا يرجع به على الآمر، فقد أثبت انعزال بدفع الموكل حتى لا يثبت له حق الرجوع عليه، ولم يشترط علم المكفول بدفع الآمر، وذكر هذه المسألة في كتاب الوكالة وشرط العلم بدفع الآمر لصيرورة المأمور معزولاً، وجه ما ذكر في الأقضية أن هذا عزل حكمي وليس بقصدي؛ لأنه ما صرح بعزله إنما تصرفه في الأداء، والأداء تصرف في المؤدى، وليس بتصرف في التوكيل إلا أن الوكيل ينعزل لضرورة فوت المأمور به، وهو إسقاط الدين عن ذمته بالدفع، ولا يتصور ذلك بعد ما سقط عنه، فهو معنى قولنا: إن هذا عزل حكمي، فلا يتوقف على العلم، وجه ما ذكر في كتاب الوكالة: أن عزل المأمور لم يثبت بدفع الآمر؛ لأنه يوجبه من طريق الحكم، ولكنه منع له عن الدفع لعدم الفائدة، بيانه أن طريق قضاء الدين أن يصير المؤدى مضموناً على رب الدين، ولرب الدين على المديون مثله، فيلتقيان قصاصاً، ويتصور وجود القبض المضمون بعد دفع الموكل، وكان المأمور به وهو جعل المقبوض مضموناً على القابض متصوراً، فلم يكن من ضرورته عزله، ولكن به منعه عن الدفع؛ لأن الأمر بالدفع يتقيد إلى حين فراغ ذمته دلالة، وقد فرغت ذمته من الدين بالدفع، وكان هذا بمنزلة العزل القصدي، فيتوقف على العلم، قال في الأقضية: وإن قام بينة يعني المأمور على أنه كان قضاء بعد الأمر قبل أداء الآمر، فللدافع أن يرجع بماله إن شاء على القابض، وإن شاء على الآمر - والله أعلم -.

الفصل السادس
في المأمور بقضاء الدين إذا قال: قد قبضت وصدقه الآمر في ذلك وكذبه رب الدين

٢١٠٢٩ - قال محمد رحمه الله في "الجامع": إذا أمر الرجل غيره أن يقضي دينه عنه، فقال المأمور بعد ذلك للآمر: قد قضيت، وارجع بذلك عليه، وصدقه المديون، وقال رب الدين: ما قبضت، فالقول قول رب الدين مع يمينه لإنكاره القبض حتى كان له أن يرجع على المديون بدينه، ولا يرجع المأمور على الآمر بشيء وإن صدقه في القضاء؛ لأن القضاء لم يثبت لما حكمنا برجوع رب الدين على المديون بدينه، فإن جحد الآمر القضاء أيضًا، وأقام المأمور بينة على القضاء، ورب الدين غائب، قبلت بينته، وقضى على الآمر بالمال؛ لأنه يدعي لنفسه حقًا على الآمر، فيكون خصمًا في إثبات سببه، ويكون الآمر منكر لحقه، فيكون خصمًا في إنكار سببه، ويكون ذلك قضاء على الغائب بالقبض حتى لو حضر، وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره؛ لأن الحاضر انتصب خصمًا، فيدفع القضاء إليه.

قال محمد رحمه الله في "الجامع" عقيب ذكر هذه المسألة وكذلك الكفيل على هذا يريد به إذا كفل رجل عن رجل بأمر المكفول عنه، فقال الكفيل بعد ذلك: قد قبض صاحب المال ماله، وصدقه المكفول عنه في ذلك، وكذبه صاحب المال، وحلف، وأخذ ماله من المكفول عنه، ولم يرجع الكفيل على المكفول عنه؛ لما قلنا، ولو أن الآمر جحد القضاء أيضًا، فأقام بينة أنه قضاه صاحب المال، رجع المأمور على الآمر؛ لأن الثابت من القضاء بالبينة كالثابت من القضاء عيانًا، وتقبل هذه البينة على الطالب أيضًا، وإن كان الطالب غائبًا لو كان الآمر حاضرًا، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

ومما يتصل بهذا الفصل:

٢١٠٣٠ - ذكر في كتاب الأقضية: رجل ادعى على رجل أن له على فلان ألف درهم، وأن فلاناً أمر هذا أن يدفعها إلى من هذه الألف الوديعة التي عنده، وجحد المودع الأمر بذلك، وأقام المدعي بينة على الألف الوديعة والأمر بالدفع إليه، وقضى القاضي عليه يكون ذلك قضاء على الغائب، وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب.

يكون الجواب في قوله: أعط فلانًا عني بخلاف الجواب في قوله: هب فلانًا عني حيث لا يكون للمأمور حق الرجوع على الآمر إلا بالشرط، لأن الهبة والعطية سواء، والجواب أن الهبة لا تستعمل في قضاء الدين، لا يقال: وهب فلان فلانًا دينه إذا قضاه، وإنما يستعمل للتمليك بغير بدل وهو قضاء الدين، يقال: فلان أعطى فلانًا دينه إذا قضاه، وإذا كان المراد قضاء الدين لا يزول ملك المأمور عن المدفوع بغير بدل، وإن كان المراد العطية يزول ملك المأمور عن المدفوع ببدل، فلا يزول ملكه عن المدفوع بغير بدل بالشك.

ولو قال: انقده ألف درهم على أني ضامن لها، أو على أني كفيل، أو على أنها لك علي، أو قبلي، أو عندي كان هذا إقرارًا، وكان للمأمور أن يرجع بما قضى على الآمر، ويستوي في حق الرجوع المأمور على الآمر أن يكون المأمور نقد الدراهم، أو نقد مكانها مائة دينار، أو باعه بها جويرية أو غير ذلك، لأنه أوفاه ألف درهم بالمقاصة، لأن بالبيع يجب الثمن للمأمور في ذمة الآمر، ثم المأمور يجعلها قصاصًا بالألف التي يطالب على الآمر فيصير كما لو أوفاه بالنقد.

وذكر الحسن في كتاب الاختلاف: إذا قال لغيره: اضمن لفلان الألف التي له علي، فضمنت له، ثم أديت، قال زفر رحمه الله: هو متطوع، ولا يرجع على الآمر بشيء إلا أن يكون خليطًا له، قال: وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: يرجع على الآمر، وإن لم يكن خليطًا له، ولو قال: عني يرجع بما غرم، ولو قال: انقده الألف التي له علي، فهذا مثل قوله: اضمن له.

ولو قال الآمر: ادفع فلانًا ألف درهم قضاء له، ولم يقل: عني، أو قال: اقض فلانًا ألف درهم، ولم يقل: عني، ولا قال: عني ولا قال: إني ضامن لها على أني كفيل بها على أنها لك علي، فدفعها المأمور إلى فلان، فإن كان المأمور شريكًا للآمر، أو كان خليطًا له، وتفسير الخليط أن يكون المأمور في السوق بينهما أخذ وعطاء، وبينهما مواضعة على أنه متى جاء رسوله أو وكيله يبيع منه، أو يقرض منه، فإنه يرجع على الآمر بالإجماع، وكذا إذا كان المأمور بعض من في عيال الآمر أو كان المأمور معول الآمر فإنه يرجع على الآمر بالإجماع، وإن كان لم يوجد شيء من هذه الأشياء الثلاثة، فالمأمور لا يرجع على الآمر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعن أبي يوسف رحمه

الله يرجع

ولو قال لغيره: أنفق علي، فأنفق، رجع على الآمر وإن لم يشترط الرجوع، في أول لفظ شمس الأئمة السرخسي، وكذا إذا قال لغيره: أنفق على أولادي، فأنفق، كان له أن يرجع عليه، وإن لم يشترط الرجوع، وذكر ظهير الدين في شرح كتاب الأقضية: أن من الأمر بالإنفاق وأداء الخراج والصدقات الواجبة، وأمثال ذلك لا يوجب الرجوع إلا بالشرط إلا رواية عن أبي يوسف رحمه الله هذا.

ذكر فخر الإسلام في شرح الجامع في باب متصل بأبواب القضاء: إذا دفع رجل إلى رجل مالاً، وقال: جاهد به في سبيل الله، أو قال: حج به، أو قال: أنفق على نفسك، أو قال: على عيالك، فهو قرض إلا أن ينوي الصلة، في السير الكبير. وفي شرح السير: إذا دفع إلى رجل، وقال: أنفقها على نفسك، أو قال: على عيالك، فهو قرض.

٢١٠٣٢ - وفي باب الخبز أبو يوسف رحمه الله يقول: إن قوله: اقض فلاناً، أو ادفع فلاناً قضاءه كلام محتمل يحتمل اقض عن أجنبي، ويحتمل اقض عنك إلا أنا لو حملناه على قوله: اقض عني صح هذا الأمر من كل وجه، لأنه يكون أمراً بدفع ملكه؛ لأن ما قضاه يصير مملوكاً للآمر أولاً[1]، ثم يصير المأمور دافعاً ملكه، والأمر بالتصرف في ملكه صحيح من كل وجه، ومتى حمل على قوله: عنك، أو عن أجنبي إن كان يصح هذا الأمر من حيث أمر بما هو حسبة، ومعروف لا يصح من حيث إن الأمر يلاقي ملك الغير، فيجب تصحيح كلام العاقد ما أمكن، فيحمل على قوله: عني، ولو كان صرح بقوله: عني، أليس أنه يرجع عليه بالأدى، فكذا هنا.

ولهما أن هذا الكلام محتمل في نفسه، فإن كان المراد اقض عني يثبت حق الرجوع، وإن كان المراد اقض عنك، أو عن أجنبي، لا يثبت حق الرجوع، فلا يثبت حق الرجوع بالشك، وما يقول: إنه يحمل على قوله: عني، قلنا: قوله: عني ليس بمذكور، وغير المذكور إنما يجعل مذكوراً إذا لم يكن للكلام صحة بدونه أصلاً، وههنا الكلام صحيح، وإن كان المراد منه عنك أو عن أجنبي من حيث إن هذا أمر بما هو معروف وحسبة، وليس

---

(١) وفي ط: لأن نفسه مملوك للآمر أولا

كما لو كان شريكًا له أو خليطًا، أو كان في عياله؛ لأن الخلطة[1] سبب استعانة كل واحد منهما بصاحبه، والشركة كذلك، فإن المعتاد أن كل واحد منهما يستعين من صاحبه في الدين من مال الشركة حتى يحسب من مال الشركة، وكذا المعتاد أن يستعين كل إنسان بمن يعوله في قضاء دينه من ماله، وإنما يصير مستعينًا إذا حمل على القضاء عنه، والأجير الخاص وهو الذي استؤجر مشاهرة أو مسانهة بمنزلة من في عياله.

ولو قال: ادفع إلى فلان ألف درهم، ولم يقل: قضاء له، والمأمور ليس بخليط له، ولا شريك له، فدفع لا شك أنه لا يرجع على الآمر في قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله كما في المسألة الأولى، إلا أن الفرق بين المسألتين على قولهما: إن في المسألة الأولى لا يكون للدافع استرداد ما دفع من القابض؛ لأن في المسألة الأولى الدفع حصل بطريق القضاء، والدفع متى حصل بطريق القضاء لا يكون للدافع ولاية الاسترداد، وفي المسألة الثانية الدفع ما حصل بطريق القضاء؛ لأن الدفع حصل بحكم الأمر، والأمر يتناول مجرد الدفع، والدفع قد يكون بحكم القضاء، فلا يكون للدافع حق الاسترداد، أو قد يكون بحق الإيداع، والإيداع أدنى، فحمل عليه، فيكون له الاسترداد، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله: فقد اختلف المشايخ فيه: بعضهم قالوا: يرجع على الآمر، بعضهم قالوا: لا يرجع على الآمر، وقال بعضهم: يرجع على القابض، ولا يرجع على الآمر.

---

(١) كذا في م، وكان في غيرها: لأن الخليطة.

الفصل الثامن
فيما يجري بين رب الدين وورثة المديون

٢١٠٣٣ - غريم الميت إذا وهب الدين للوارث صح؛ لأنه وهب ممن عليه الدين معنى حتى لو رد الوارث الهبة، فقد قيل: يرتد عند أبي يوسف رحمه الله، وعند محمد رحمه الله: لا يرتد، وقيل: الخلاف فيما إذا وهب الدين للميت، فردها الوارث. أما في هذه الصورة يرتد بلا خلاف؛ وإذا وهب غريم الميت الدين لبعض ورثة الميت، فالهبة لهم كلهم، كما مر في أول الفصل. المحيط: إذا مات من عليه الدين، وسأل ورثته صاحب المال أن يؤجل المال وأجله لا يجوز، هذا التأجيل، هكذا ذكر الخصاف في كتاب الحيل، بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر الخصاف قول محمد رحمه الله، أما على قول أبي يوسف رحمه الله ينبغي أن يصح التأجيل، وردوا هذه المسألة إلى مسألة مذكورة في كتاب الأصل، صورتها: غريم الميت إذا أبرأ الميت عن الدين، فرده الورثة، على قول محمد رحمه الله: لا يصح رده؛ لأن الدين ليس عليه، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: يصح؛ لأنه هو انتفاع بالدين، فكما يعمل رد الوارث عند أبي يوسف رحمه الله، ويجعل كأن الدين عليه، يجب أن يعمل تأجيل رب الدين على الوارث، ويجعل كأن الدين على الوارث، والصحيح أن ما ذكر الخصاف قول الكل؛ لأن الأجل في حقه يثبت صفة للدين، ولا دين على الوارث، فلا يثبت الأجل في حقه، وبعد هذا إما أن يثبت الأجل للميت، أو يثبت الأجل في المال، لا وجه إلى الأول؛ لأن الدين سقط عن ذمة الميت بالموت، توضيحه: أن الأجل الثابت لهذا الشخص يسقط بموته، فكيف يثبت له الأجل ابتداء، ولا وجه إلى الثاني؛ لأن المال عين، والأعيان لا تقبل التأجيل.

الفصل التاسع
في الإقراض والاستقراض

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع في بيان ما يجوز استقراضه وما لا يجوز.

٢١٠٣٤ - قال محمد رحمه الله: وكل شيء يكال أو يوزن نحو الحنطة والشعير والسمسم والتمر والزبيب جاز استقراضه، والأصل فيه أن ما كان من ذوات الأمثال ويكون مضمونًا على الغاصب بالمثل جاز استقراضه؛ لأن المقبوض بحكم القرض مضمون بالمثل من غير احتمال الزيادة والنقصان، فما يكون من ذوات الأمثال نحو المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة يمكن اعتبار المماثلة المشروطة في القرض فيه، فيجوز استقراضه، وما لا يكون من ذوات الأمثال نحو الحيوانات واللآلي والجواهر والأكارع والرؤوس لا يجوز استقراضه؛ لأن طريق معرفة القيمة فيها الحزر به، ولا تثبت المماثلة المعتبرة في القرض وهي المماثلة من غير زيادة ولا نقصان كما لا تثبت المماثلة المشروطة في الأموال الربوية، وكذا استقراض الثياب لا يجوز؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال حقيقة، وإنما صارت من ذوات الأمثال شرعًا في باب السلم حتى جاز السلم فيها بشرط مخصوص، وهو الأجل، والأجل لا يثبت في القرض، فلم يكن من ذوات الأمثال فيها لا حقيقة ولا شرعًا.

٢١٠٣٥ - وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوز إقراض الخبز واستقراضه عددًا ووزنًا، وقال أبو يوسف رحمه الله مثل ما قال أبو حنيفة رحمه الله في رواية، وعن ابن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا بأس به وزنًا، قال ابن أبي مالك: وهذا قوله المعروف، وذكر في بعض المواضع أن على قول محمد رحمه الله: يجوز عددًا ولا يجوز وزنًا.

وفي "المنتقى" عن محمد رحمه الله: أنه جوز قرض الخبز عددًا، وقد بلغنا ذلك عن إبراهيم النخعي، قال محمد رحمه الله: الوزن في قرض الخبز من المبايعة، والعدد أحب إلي، ويجوز استقراض الخبز كيلاً؛ لأنه يكال مرة، ويعد مرة، ولهذا جاز السلم فيه كيلاً، ويجوز استقراض الكاغد عددًا؛ لأنه عددي متفاوت، وكذا يجوز استقراض الباذنجان عددًا؛ لأنه عددي متقارب.

٢١٠٣٦- وفي "نوادر هشام" عن محمد عن أبي يوسف رحمهما الله: أنه لا خير في قرض الحنطة والدقيق بالوزن، وكذا التمر، وإن كان حيث يوزن، قال هشام: قلت لمحمد رحمه الله: التمر عندنا بالري يباع وزنًا، فما تقول فيمن أقرضه بالوزن؟ قال: لايصلح ذلك؛ لأن أصله كيلي، وعن محمد رحمه الله أيضًا: أنه قال: لا تجوز الحنطة إن يقرض وزنًا، فإن أخذها، وأكلها قبل أن يكيلها، فالقول قول المستقرض: إنه كذا قفيزًا.

٢١٠٣٧- وعن إبراهيم عن محمد رحمه الله: رجل أقرض رجلاً عشرة أرطال لحم غنم، قال: هو جائز، وإنه مشكل؛ لأن اللحم من ذوات القيم على مذهبه حتى إن من أتلف على إنسان لحمًا ضمن قيمته، ذكره في بيوع "الجامع"، وذكر فخر الإسلام في "شرح كتاب الجامع": أن اللحم من ذوات الأمثال، قال: وتأويل ما ذكر محمد رحمه الله: أنه يضمن بالقيمة، إنه قال: ذلك في موضع لا يوجد له مثل، فعلى ما ذكر هو يرتفع الإشكال، وذكر بعض مشايخنا في "شرح الجامع الصغير": أن اللحم من ذوات الأمثال يضمن بالمثل ضمان العدوانات، ويجري فيه الربا، وإليه أشار الطحاوي في كتابه حيث قال: كل ما كان موزونًا، فهو مثلي، وذكر صاحب "الإيضاح": أنه مضمون بالمثل، وفي غصب "المنتقى" عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه مضمون بالقيمة، وبعض مشايخنا قالوا: إن استقراض اللحم على الخلاف كالسلم.

وإذا اشترى شيئًا بلحم في ذمة، ذكر في "الإجارات": أن اللحم يصلح أجرة، فيصلح ثمنًا، وقيل: ما ذكر في الإجارات قولهما لا قول أبي حنيفة رحمه الله، وقيل: هو قول الكل.

٢١٠٣٨- قال محمد رحمه الله في "الجامع": إذا كانت الدراهم ثلثها فضة وثلثاها صفرًا، فاستقرض رجل منها عددًا وهي جارية فيما بين الناس عددًا بغير وزن، فلا

بأس به، وإن لم تجر فيما بين الناس إلا وزنًا لم يجز استقراضها إلا وزنًا؛ لأن الصفر متى كان غالبًا، كان العبرة للصفر، وتكون الفضة ساقطة الاعتبار لكونها مغلوبًا، فالصفر ما ثبت كونه موزونًا بالنص، وما لم يثبت كيله ووزنه بالنص، فالعبرة في ذلك للتعامل، فمتى تعامل الناس بيعه وزنًا كان موزونًا، فلا يجوز استقراضه إلا عددًا، فقد أسقط محمد رحمه الله اعتبار الفضة في القرض متى كانت مغلوبة، ولم تسقط في حق جواز البيع حتى قال: لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا على سبيل الاعتبار، وإنما كان كذلك؛ لأن القرض أسرع جوازًا من البيع؛ لأنه مبادلة صورة تبرع حكمًا، لأن رد المثل في القرض قائم مقام رد العين حكمًا، ولهذا جاز استقراض الفضة، ولو كان صرفًا كان صرفًا بنسيئة، وذلك لا يجوز، فعلم أنه تبرع حكمًا، والربا إنما يتحقق في البيع لا في التبرع، فاعتبر الفضة المغلوبة في البيع دون القرض تضييق حال البيع وسعة حال التبرع، ولتظهر مزية البيع على القرض.

فإن كانت الدراهم ثلثاها فضة، وثلثها صفرًا لا يجوز استقراضها إلا وزنًا، وإن تعامل الناس التبايع بها عددًا؛ لأن الفضة إذا كانت غالبة كانت بمنزلة ما لو كان الكل فضة، لكنها زيف، ولو كان كذلك لا يجوز استقراضها إلا وزنًا، وإن تعامل الناس التبايع بها عددًا، كذا ههنا، وإن كانت الدراهم نصفها فضة ونصفها صفرًا، لم يجز استقراضها إلا وزنًا على كل حال؛ لأنه لم يسقط اعتبار واحد منهما؛ لأن ذلك إنما يكون حال كونه مغلوبًا ولم يوجد، فوجب اعتبارهما، وإذا وجب اعتبارهما، لم يجز الاستقراض في الفضة، فبطل في الصفر ضرورة.

نوع منه
في بيان ما يكره من القرض وما لا يكره:

٢١٠٣٩ - ذكر محمد رحمه الله في كتاب الصرف عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه كان يكره كل قرض جرّ منفعة، قال الكرخي: هذا إذا كان المنفعة مشروطة في العقد، وذلك بأن أقرضه غلة ليرد عليه صحاحًا، أو ما أشبه ذلك، وإن لم يكن مشروطًا في العقد، فأعطاه المستقرض أجود مما عليه، فلا بأس به، وكذا إذا أقرض الرجل رجلا

دراهم أو دنانير، ثم يشتري المستقرض من المقرض بعد القرض متاعًا بثمن غالٍ، فهو يكره، وإن لم يكن شرى المتاع مشروطًا في القرض، صحّ، ولكن المستقرض اشترى من المقرض بعد القرض بثمن غالٍ، فعلى قول الكرخي: لا بأس به. وذكر الخصاف رحمه الله في كتابه: لا أحب له ذلك، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: أنه حرام؛ لأن هذا قرض جرّ منفعة؛ لأنه يقول: لو لم أشتر منه طالبني بالقرض في الحال.

ذكر محمد رحمه الله في كتاب الصرف: أن السلف كانوا يكرهون ذلك إلا أن الخصاف ما أشار إلى الكراهة، وإنما قال: لا أحب له ذلك، وهو قريب من الكراهة، لكنه دون الكراهة، ومحمد رحمه الله لم ير بذلك بأسًا، فإنه قال في كتاب الصرف: إن المستقرض إذا أهدى للمقرض شيئًا لا بأس به من غير فصل، فهذا دليل على أنه رفض قول السلف. قال شيخ الإسلام: ما نقل عن السلف، فذلك محمول على ما إذا كانت المنفعة، وهو شراء المتاع من المستقرض بثمن غالٍ مشروطة في الاستقراض، وذلك مكروه بلا خلاف، وما ذكر محمد رحمه الله محمول على ما إذا لم تكن المنفعة، وهو الإهداء، مشروطة في القرض، وذلك لا يكره بلا خلاف.

هذا إذا تقدم الإقراض على البيع، فأما إذا تقدم البيع على الإقراض، وصورة ذلك: رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوبًا قيمته عشرون دينارًا بأربعين دينارًا، ثم أقرضه ستين دينارًا حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار، وحصل للمستقرض ثمانون[1] دينارًا، ذكر الخصاف: أن هذا جائز، وهذا مذهب محمد بن سلمة إمام بلخ، فإنه روي أنه كان له مال، وإذا استقرض إنسان منه شيئًا يبيعه أولاً سلعة بثمن غالٍ، ثم يقرضه بقية الدنانير إلى تمام حاجته، وكثير من مشايخ زماننا كانوا يكرهون ذلك، وكانوا يقولون: هذا قرض جر منفعة، فإنه لولا ذلك القرض كان لا يتحمل المستقرض غلاء ثمن الثوب، فكان قرضًا جرّ منفعة، ومن المشايخ من قال: إن كانا في مجلس واحد يكره، وإن كانا في مجلسين مختلفين لا بأس به؛ لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة، فكأنهما وجدا معًا، فكانت المنفعة مشروطة في القرض، وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاف،

(١) وفي ط: ثمانون.

ويقول محمد بن سلمة، ويقول: ليس هذا قرض جر منفعة، بل هذا بيع جر منفعة وهي القرض.

نوع منه

في هدية المستقرض ودعوته:

١٤٠٤١ - إذا كانت الهدية مشروطة في الاستقراض، فهو حرام، ولا ينبغي للمقرض أن يقبل، وإذا لم تكن الهدية مشروطة في الاستقراض، وعلم أنه أهدى إليه لا لأجل القرض، فإنه يقبل، وإذا لم تكن مشروطة في الإقراض، ولم يعلم أنه أهدى لأجل الدين أو لا لأجل الدين، ذكر شيخ الإسلام: أنه لا بأس بقبولها والتورع عنها أولى، وهكذا حكي عن بعض المشايخ، بعد هذا قالوا: إذا كانت المهاداة تجري بينهما قبل القرض بسبب القرابة أو الصداقة، أو كان المستقرض معروفًا بالجود والسخاء، فهذا قائم مقام العلم أنه أعطاه لا لأجل الدين، فلا يتورع عنه، وإن لم يكن شيء من ذلك، فالحال حال الإشكال، فيتورع عنه حتى ينص أنه أهدى لا لأجل الدين، ومن قال بالكراهة في مسألة البيع إذا تقدم القرض على البيع يقول: بالكراهة ههنا أيضًا، ومحمد رحمه الله لم ير به بأسًا من غير تفصيل.

١٤٠٤٢ - جئنا إلى الدعوة، قال محمد رحمه الله: ولا بأس أن يجيب دعوة رجل له عليه دين، قال شيخ الإسلام: هذا جواب الحكم، وأما الأفضل: فالتورع عن الإجابة إذا علم أنه لأجل الدين، أو أشكل عليه الحال، قال شمس الأئمة الحلواني: هذا إذا كان لا يدعوه قبل الإقراض، أو كان يدعوه قبل الإقراض في كل عشرين يومًا، وبعد الإقراض جعل يدعوه في كل عشرة أيام، أو زاد في الباجات، فإنه لا يحل، ويكون خبيثًا.

نوع آخر
في الرجحان في بدل القرض:

٢١٠٤٢ - وإذا رجح في بدل القرض، ولم يكن الرجحان مشروطاً في القرض لا بأس به، وروي: أن رسول الله ﷺ استقرض من رجل دراهم، فقضاه وأرجح، وقال: أنا كذلك نزن. قال مشايخنا: والرجحان على ضربين: إن كان يدخل تحت الوزنين، فلا بأس به، وإن كان لا يدخل تحت الوزنين، فهو على ثلاثة أقسام: إما أن كانت الدراهم مكسرة، أو كانت صحيحة لا يضرها الكسر، أو كانت صحاحاً يضرها الكسر، ففي الوجه الأول والثاني: لا يجوز؛ لأنه تعذر اعتبارها زيادة[1] على بدل القرض؛ لأنه يكون رباً، وتعذر اعتبارها هبة؛ لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، وفي الوجه الثالث: إن كان الرجحان زيادة يمكن تمييزها بدون الكسر بأن كان يوجد فيها دراهم خفيفة بكون مقدار الزيادة لا يجوز، وإن كان الرجحان زيادة لا يمكن تمييزها إلا بالكسر يجوز بطريق الهبة، ويكون هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة.

نوع آخر
في تفسير[2] المستقرض وانقطاعه:

٢١٠٤٣ - إذا استقرض فلوساً فكسدت، فإن على قول أبي حنيفة رحمه الله: يرد عينها إن كانت قائمة ومثلها، وإن كانت هالكة، وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: فقد ذكر مشايخنا في شرح كتاب الصرف: أن المشايخ اختلفوا على قولهما: قال بعضهم: يرد عينها إن كانت قائمة، وعليه قيمتها إن كانت هالكة، وقال بعضهم: عليه قيمتها على كل حال، وفي المنتقى: ما يدل على هذا القول، فقد ذكر ثمة إذا استقرض فلوساً، فسقطت عليه مثلها في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال محمد

---

(١) في م: زيادة.

(٢) في م: تغير.

رحمه الله: عليه قيمتها يوم انقطعت، وفي رواية إبراهيم عن محمد رحمه الله: فعليه قيمتها في آخر ما كسدت ساعة قبلة قبل أن تكسد، فالحاصل أن مذهب محمد رحمه الله: أنه يعتبر قيمتها في آخر يوم كانت رائجة، ويجب على المستقرض والغاصب ذلك، وقال يعقوب: عليه قيمتها يوم استقرض، فقد ذكر القيمة، ولم يفصل بينما إذا كانت قائمة، وبينما إذا كانت هالكة على قولهما.

والفلس المغصوب إذا كسدت، فإن كانت قائمة ردّ عينها بالإجماع، وإن كانت هالكة، ففيه الاختلاف الذي ذكرنا، وهذه المسألة في الحاصل فرع مسألة أخرى في كتاب الغصب: أن من غصب من آخر رطبًا، وهلك عنده، أو استهلكه، ثم انقطع أوان الرطب، قال أبو حنيفة رحمه الله: عليه قيمته من الفضة يوم الخصومة، وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه قيمته من الفضة يوم الغصب، وقال محمد رحمه الله: عليه قيمته من الفضة يوم الانقطاع، ووجه كونهما بناء على تلك المسألة أن الواجب على المستقرض رد مثل ما قبض، وعلى الغاصب كذلك، وقد حصل قبض الفلوس وهي رائجة، فيجب رد مثلها من تلك الفلوس رائجة، وقد عجز عن تسليمها رائجة بالكساد كما أن الغاصب للرطب عجز عن تسليم الرطب، فالمستقرض للفلوس عجز عن رد الصفة وهو كونها رائجة.

وإذا صار هذه المسألة بناء على تلك المسألة أوجب القيمة، على قول أبي حنيفة رحمه الله: وجب اعتبار القيمة يوم الخصومة هنا، كما وجب اعتبار القيمة يوم الخصومة ثمة، قلنا: وإيجاد قيمتها من الفضة يوم الخصومة لا يفيد؛ لأن قيمتها كاسدة وعينها سواء، بل إيجاب العين كاسدة أعدل من قيمتها، فأوجبنا المثل على قوله، ولم نوجب القيمة لهذا، وعلى قولهما: لما وجب اعتبار قيمتها رائجة إما يوم الاستقراض، وإما في آخر يوم كانت رائجة كان إيجاب القيمة من الفضة أعدل من إيجاب عينها كاسدة، فيؤول الكلام إلى تلك المسألة، فإن اصطلحا على شيء يأخذه، فهو جائز؛ لأن الواجب في الذمة على قولهما القيمة من الفضة، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: كذلك، وأيًّا ما كان، فالاستبدال به جائز بعد أن يكون الافتراق عن عين بدين، والجواب في العدالي على ما ذكرنا من غير تفاوت، وحكي عن جماعة كثيرة من المشايخ: أنهم كانوا يفتون بقول محمد رحمه الله رفقًا بالناس، وهكذا كان يفتي الصدر

الشهيد برهان الأئمة، ثم اختلف الناس في استقراض الفلوس، على قول أبي حنيفة رحمه الله: بعضهم لم يجوزوه على قوله، وبعضهم جوزوه.

نوع آخر

في المقرض يأخذ المستقرض في بلدة أخرى:

٢١٠٤٤- وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله: إذا أخذ المقرض المستقرض في بلدة أخرى، فإن شاء أجله حتى يؤديه في الموضع الذي استقرضه، وإن شاء أخذه بقيمة ذلك الموضع مهما، وإن أبى المستقرض أن يعطيه القيمة، أجبر عليه.

٢١٠٤٥- قال إبراهيم عن محمد رحمه الله: رجل استقرض من آخر طعامًا بالعراق، فأخذه المقرض بمكة، قال أبو يوسف رحمه الله: فعليه قيمته يوم أقرضه، وقال محمد رحمه الله: عليه قيمته بالعراق يوم اختصما، وليس عليه أن يرجع معه إلى العراق، ويأخذ طعامه، وذكر القدوري في شرحه: وإذا استقرض دراهم بخارية، والتقيا في بلدة لا يقدر على البخارية، فإن كان ينفق في ذلك البلد، فإن شاء صاحب الحق أجله قدر المسافة ذاهبًا وجائيًا، ويستوثق منه، وإن كان في بلدة لا ينفق وجب القيمة.

٢١٠٤٦- بشر عن أبي يوسف رحمه الله: رجل أقرض رجلا طعامًا، أو غصبه إياه، وله حمل ومؤنة، والتقيا في بلدة أخرى، والطعام فيها أغلى، أو أرخص، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: يستوثق من المطلوب حتى يوفيه طعامًا حيث غصبه، أو حيث أقرضه، قال أبو يوسف رحمه الله: إن تراضيا على هذا فحسن، وأيهما طلب القيمة أجبر الآخر عليه وهي القيمة في البلد الذي غصب، أو استقرض على حاله يوم أقبض، والقول في ذلك قول المطلوب، وإن كان الغصب قائمًا بعينه في يده أجبره على أخذه، ولا أجبره على القيمة.

٢١٠٤٧- وفي شرح الأمالي: رجل استقرض من آخر شيئًا من الكيلي أو الوزني، فانقطع عن أيدي الناس قال: يجبر المقرض على التأخير حتى يدرك الحديث عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الانقطاع عن أيدي الناس يجري مجرى الهلاك، ومن مذهب أبي

حنيفة رحمه الله أن الحق لا ينقطع عن العين بهلاك العين على ما عرف في موضعه ، وإذا بقي الحق في العين ولو جود العين غاية معلومة يجبر على التأخير إلى وقت الإدراك؛ ليصل إليه عين حقه ، أكثر ما في الباب أن في التأخير ضرب ضرر للمقرض إلا أن في أخذ غير الحق ضرر للمستقرض ، وهذا الضرر فوق ضرر التأخير ، فكان أولى بالدفع .

٢١٠٤٨ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله : في رجل استقرض من آخر شيئًا من الفواكه كيلا أو وزنا ، فلم يقبضه القرض حتى انقطع ، فهذا لا يشبه الفلوس إذا كسدت ؛ لأن هذا مما لا يوجد فقد أجبر صاحبه على تأخره إلى أن يجيء الحديث إلا أن تراضيا على قيمته ، وهذا في هذا الوجه مثل رجل استقرض من رجل طعامًا في بلد الطعام فيه رخيص ، فالتقيا في بلد الطعام فيه غال ، فأخذ الطالب بحقه ، فليس له أن يحبسه ، ويؤمر المطلوب بأن يوثق له حتى يعطيه إياه في البلد الذي استقرض فيه .

نوع آخر

في الشروط في القرض :

٢١٠٤٩ - إذا قال لغيره : أقرضني عشرة دراهم على أن أعطيك مكانها ، فهي ، فعليه عشرة دراهم مثل الدراهم التي قبضها ، وإن كان كذلك ؛ لأنه شرط في القرض ما لا يقتضيه القرض ؛ لأنه شرط أن يكون القرض مضمونًا بغيره لا بمثله ، والقرض يوجب المثل ، وهو معنى قولنا : إنه شرط في القرض ما لا يقتضيه القرض ، فإن كان له حمل ومؤنة إلا أن القرض لا يبطل بهذا الشرط ؛ لأنه تبرع ، والتبرع لا يبطل بالشرط الفاسد ، فيصح القرض ، ويبطل الشرط ، والقرض متى صح يوجب المثل .

٢١٠٥٠ - وإذا أقرض بالكوفة بشرط أن يوفيه بالبصرة وهذا فاسد لا جواز له ؛ لأنه قرض جر منفعة ؛ لأن المستقرض يكفيه حمل الطريق إن لم يكن حمل ومؤنة ، وإن كان له حمل ومؤنة تكفيه خطر الطريق ومؤنة الحمل ، وعلى هذا السفاتج التي يتعامل بها التجار ، فإنهم يقرضون فيما بينهم ، ويكتب المستقرض للمقرض سفتجة إلى مكان ، فإن كان ذلك مشروطًا في القرض ، فهو مكروه ؛ لأنه قرض جرّ منفعة ، فإنه يسقط عن المقرض مؤنة

الحمل أو خطر الطريق، وإذا لم يكن مشروطًا في القرض، فلا بأس به.

٢١٠٥١- ولا يجوز الأجل في القرض، ولو فعل كان حالًا سواء أجل بعد القرض أو أقرض مؤجلًا، وهذا قول علمائنا، وقال مالك وابن أبي ليلى: يصح التأجيل، وأجمعوا على أن التأجيل فيما عدا القرض من قيم المتلفات وضمان المستهلكات وثمن البياعات صحيح، وإنما لا يصح التأجيل في القرض عندنا؛ لأن القرض في معنى العارية؛ لأن ما يسترده المقرض في الحكم كأنه عين ما دفع، إذ لو لم يجعل كذلك يصير هذا مبادلة المستقرض بجنسه نسيئة، وإنه حرام، وإذا ثبت أن القرض في معنى العارية، نقول: العارية شرعت غير لازمة حقًّا للشرع، فلو صح التأجيل صارت لازمة إلى مضي الأجل، فكان فيه تغيير حكم الشرع، وإنه لا يجوز.

٢١٠٥٢- وعارية الدراهم والدنانير قرض، وكذا كل ما أجزنا فيه القرض من الكيلي والوزني والعددي المتقارب، فإعارتها قرض، والحاصل أن إعارة ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه قرض؛ لأنه تعذر العمل بحقيقة الإعارة؛ لأن الإعارة تمليك منفعة يمكن استيفاؤها[1] مع بقاء العين فيجعل مجازًا عن القرض، وأمكن ذلك؛ لأن المعير يسلط المستعير على الانتفاع بالعين المستعار على أن يرد عليه، وفيما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يصير مسلطًا له على استهلاك عينه في حاجته على أن يرد مثله، وذلك إقراض حتى إنه لو استعار الدراهم لأجل منفعة يمكن استيفاؤها مع بقاء عينها بأن استعارها ليزن بها موازينه أو نحوه يكون عارية حقيقة، ولا يكون قرضًا.

٢١٠٥٣- ابن سماعة عن محمد رحمه الله: رجل قال لغيره: اضمن عني لفلان الألف التي له علي بقبول، وأداها الضامن من عنده، ثم إن الضامن أخر المضمون عنه، فالتأخير جائز، وليس هذا بمنزلة القرض، ولو قال: اقض على هذا الرجل[2] ألف درهم بعمل، ثم أخره بها، فالتأخير غير جائز؛ لأن هذا أدى عنه، فصار مقرضًا، والتأجيل في القرض باطل، والأول أدى عن نفسه.

(١) هكذا في ظ و م، وكان في الأصل "انتفاعها"، وفي ب "استعدها".

(٢) وفي م "عن هذا الرجل".

٢١٠٥٦- وإذا أقرض صبيًا حرًا محجورًا عليه أو معتوهًا مالاً، ودفعه إليه، فاستهلكه، فلا ضمان عليه، أطلق المسألة في نسخ أبي حفص، وفي نسخ أبي سليمان: أنه لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وفي قول أبي يوسف رحمه الله: إنه ضامن، وهو الصحيح؛ لأن هذا بمنزلة الوديعة من حيث إن المالك في الوضعين سلطه على الاستهلاك.

ولو أقرض عبدًا محجورًا، فاستهلكه العبد، فلا ضمان عليه مادام عبدًا، فإذا أعتق يومًا أخذ به، وذكر المسألة من غير خلاف، ويجب أن تكون على الخلاف أيضًا، على قول أبي يوسف رحمه الله: يؤاخذ به في الحال كما في الوديعة، ألا ترى أنه نص على الخلاف في الصبي، والصبي والعبد سواء، كما في الوديعة.

٢١٠٥٧- وفي "المنتقى": إذا كان لرجل وديعة عند رجل له على صاحب الوديعة دين، ولم تصر الوديعة قصاصًا بالدين قبل أن يجتمعا عليه، وإن اجتمعا عليه، لا يصير قصاصًا حتى يرجع إلى أهله فيأخذها، وإن كانت في يده أو قريب منه، بحيث يتمكن من قبضها لو أراد ذلك، فاجتمعا على جعلها قصاصًا لا يحتاج إلى شيء غير ذلك، ومتى صارت دينًا، صارت قصاصًا، وحكم الغصب إذا كان الغصب قائمًا في يد الغاصب وحكم الوديعة سواء.

وإذا كان الدينان مؤجلين لا تقع المقاصة حتى يتقاصا، وكذا إذا كان أحدهما معجلاً، والآخر مؤجلاً، أو كان أحدهما وضحًا، والآخر غلة.

٢١٠٥٨- أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله: في رجل بعث بكتاب مع رسول إلى رجل أن ابعث لي كذا كذا درهمًا قرضًا لك عليّ، فبعث الذي أوصل الكتاب لم يكن من مال الآمر حتى يصل إليه، ولو أن رجلاً أرسل إلى رجل رسولاً أن ابعث عشرة دراهم قرضًا، فقال: نعم، وبعث بها مع رسوله، فالآمر ضامن لها إن كان رسوله قبض الدراهم.

٢١٠٥٩- وإذا أمر غيره أن يرهن مالاً، ويلتزم الربح عنه، ويؤدي إليه ليؤدي الآمر إليه، فأدى المأمور الربح، لا يرجع على الآمر؛ لأن التكميل مقتضى الأداء، فالأمر إنما يثبت إذا صح الأمر، ولم يصح، فلا يثبت التمليك، وبدونه لا يثبت حق الرجوع - والله أعلم -.

الفصل العاشر
في المتفرقات

٢١٠٦٠- في "المنتقى" عن أبي يوسف رحمه الله: المديون إذا أبى أن يقضي ما عليه إن كان ممن يعمل بيده، أو له عمل معروف، فإنه يؤاجر من رجل، ويؤخذ الأجر، فيقضي به ديونه، قال أبو حنيفة رحمه الله: وإذا استقرض الرجل مالاً في مرضه، وعاين الشهود، دفع المقرض المال إلى المستقرض، أو اشترى شيئًا بألف درهم، وعاين الشهود، قبض البيع، أو تزوج امرأة بمهر مثلها، أو استأجر شيئًا بمعاينة الشهود وعليه ديون الصحة، فإن هذه الديون تكون مساوية لديون الصحة، وإن تعلقت هذه الديون بماله بعد تعلق حق غرماء الصحة إذ ليس في بعض هذه التصرفات إبطال حقهم وهو القرض والنكاح، وفي بعضها إن كان إبطال حقهم، لكن لحاجة المريض، وهو يملك الفعل والإبطال لحاجته، فإن قبض المريض دين هؤلاء، هل لغرماء الصحة أن يشاركوا القابض فيما قبض؟ ينظر إن قضى الدينين: دين المقرض ودين البائع، كان لهم حق المشاركة، وإن قضى دين المرأة، ودين الآخر لا يكون لهم حق المشاركة.

والفرق أن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة؛ لأن حق غرماء الصحة في معنى الأموال وهو المالية لا أعيانها، وما وصل إليه من العوض في القرض والبيع يصلح لقضاء حق غرماء الصحة، فلا يصير بهذا[1] القضاء مبطلاً حقهم، أما ما وصل إليه من العوض في الإجارة والنكاح لا يصلح لقضاء حق غرماء الصحة، فيصير بهذا القضاء مبطلاً حقهم، وليست له هذه الولاية.

٢١٠٦١- وفي "فتاوى النسفي": السلطان إذا صادر[2] رجلاً وطالبه بشيء من المال ظلمًا، فطلب الرجل من غيره أن يدفع إلى السلطان المال المطلوب به، ويدفع إلى أعوانه شيئًا من المال، ويقال بالفارسية: جعل موكلا، فدفع الرجل ذلك كله، ثم أراد أن

(١) وفي ظ: "فلا يصير هذا".

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم: "حاز".

القابض بحكم الكفالة سابق ما مر، فجعل ضمانًا لها بحكم القرض احتيالاً للصحة.

ولو أن القابض هو الذي خاطب الدافع، وقال: أعطني ألف درهم، أو قال: ادفع إلي ألف درهم على أن فلانًا ضامن لها، وفلان يسمع الكلام، فقال: نعم، فدفع الألف على أن فلانًا ضامن لها بالألف، فالألف قرض للمأمور على القابض، وفلان كفيل بها عنه.

٢٦٠٧٠- فرق بين هذا وبينما إذا كان الآمر هو الذي يلي المخاطبة، والقابض ساكت، والفرق أن المخاطبة متى كانت من القابض، فقد جرى بين القابض وبين الدافع ما هو سبب الضمان، وهو سؤال القابض إياه حتى يدفعه إليه بدليل أن القابض لو لم يشترط ضمان غيره، فدفع إليه كان مضمونًا عليه كأنه أقرضه، وإذا جرى بينهما سبب الضمان، فإذا شرط القابض ضمانًا آخر، كان هذا ضمان كفالة؛ لأنه ضمان طرأ على ضمان ثابت على غيره، وهذا هو حد الكفالة، فصار تقدير ما قال القابض للدافع: أقرضني ألف درهم على أن فلانًا ضامن لها، وأما إذا كانت المخاطبة من الآمر لم يجر بين القابض والدافع سبب الضمان، فلا يجب الضمان بدليل أنه لو لم يقل الآمر: على أني ضامن لها، واقتصر على الأول، فدفع إليه الألف كان القبض أمانة لا ضمانًا، وكأن هذا من الآمر مشورة، بأن يودعه ألف درهم، وإذا لم يجر بينهما سبب الضمان تعذر أن يجعل هذا من الآمر ضمانًا بحكم الكفالة على ما مر، فيجعل استقراضًا منهما بخلافه.

٢٦٠٧١- ولو قال الرجل لغيره: أعط فلانًا ألف درهم على أني ضامن لها فقال فلان: نعم، فالقرض على القابض، والآمر كفيله، لأن قول فلان: نعم جواب، والجواب يتضمن إعادة الكلام الأول، فصار كأن فلانًا قال: نعم، أعطني ألف درهم على أن فلانًا ضامن لي، ولو نص على هذا، فقد جرى بين الدافع والقابض ما هو سبب الضمان بدليل أن القابض لو قال: أعطني ألفًا، ولم يقل: على أن فلانًا ضامن لها كان الألف مضمونًا عليه، فكان ضمانًا طارئًا على ضمان ثابت على القابض، وهذا هو حد الكفالة، فكان كفالة.

٢٦٠٧٢- وإذا قال: هب لفلان ألف درهم على أني ضامن لها، ففعل المأمور

ذلك، وقبض الموهوب له منه كانت الهبة جائزة، والآمر ضامن للدافع، ويكون الواهب في الحقيقة هو الآمر دون المأمور حتى كان للآمر أن يرجع في الهبة، ولا يكون للمأمور ذلك؛ لأنه تعذر تصحيح هذا الضمان من الآمر بحكم الكفالة عن القابض، إذ لا ضمان على الموهوب له وعلى المتصدق عليه، فجعل الآمر ضامناً بحكم القرض جاعلاً للمأمور وكيلاً عن نفسه بالهبة والصدقة، وجاعلاً للقابض وكيلاً عن نفسه في ابتداء قبضه، حتى يتم قرضه، ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم الهبة، وصار تقدير المسألة كأن الآمر قال لذلك الرجل: أقرضني ألف درهم، ثم كن وكيلي بالهبة من فلان، ولو نص على هذا كان الجواب، كما قلنا، فههنا كذلك.

٢١٠٧٣- ولو قال الرجل لغيره: هب لي ألفاً على أن فلاناً ضامن لها وفلان حاضر، فقال: نعم، ثم وهب المأمور ألفاً، فالهبة من الضامن، ويكون المال قرضاً للدافع على الضامن؛ لأن قول القابض: هب لنفسي على أنه لا ضمان عليه لأحد في المقبوض، فلا يمكن أن يجعل قوله: على أن فلاناً ضامن لها اشتراطاً للضمان بحكم الكفالة، فجعل ذلك ضماناً بحكم القرض، وصار فلان بقوله: نعم مستقرضاً الألف من الدافع جاعلاً الدافع وكيلاً عن نفسه بالهبة من القابض احتيالاً للجواز.

كتاب فيه مسائل الشيوع

١١٠٧٤ - يجب أن يعلم أن المتاع نوعان.

نوع يحتمل القسمة

ونوع لا يحتمل القسمة

فما لا يحتمل القسمة أن يبطل منفعته بالقسمة بحيث لا تبقى بعد القسمة المنفعة التي كانت قبل القسمة كما كانت أو تفوت تلك المنفعة أصلاً، وما يحتمل القسمة أن لا يبطل منفعته بالقسمة ولا تفوت، بل يبقى منتفعاً بعد القسمة المنفعة التي كانت قبل القسمة، وهذا لأن القسمة لإفراز ما كان لكل واحد منهما قبل القسمة من الملك والمنفعة، وإنما يتحقق إفراز ما كان لكل واحد منهما من المنفعة إذا بقي المفرز على ما كان قبل الإفراز بأصله ومنافعه، فأما إذا تبدلت المنفعة إلى نقصان أو فاتت أصلاً لا يكون إفرازاً، بل يكون تبديلاً وتفويتاً.

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: بيت بين رجلين أراد أحدهما القسمة وأبى الآخر، وارتفعا إلى القاضي، فإن كان البيت كبيراً بحيث لو قسم أمكن لكل واحد منهما أن ينتفع بنصيبه انتفاع البيت كما قبل القسمة، فالقاضي يقسمه، وإن لم يكن بهذه الصفة، فالقاضي لا يقسمه. وإن كان البيت صغيراً بحيث لا يمكن لكل واحد منهما بعد القسمة أن ينتفع بنصيبه انتفاع البيت، فالقاضي لا يقسم بينهما بطلب أحدهما عند إباء الآخر، وكذا الحمام.

١١٠٧٥ - ومسائل الشيوع كثيرة: أحدها: البيع، وإنه على وجهين. الأول: أن يبيعه من شريكه، وإنه جائز، سواء كان يحتمل القسمة أو لا يحتمل. والثاني: أن يبيعه من أجنبي، وذلك بطريقين: أحدهما: أن يكون للبائع نصف شيء، فباع ذلك النصف من رجل آخر. ويكون له كل شيء، فباع نصفه من رجل، وكل ذلك جائز، سواء كان يحتمل القسمة أو لا يحتمل.

والثانية: الإجارة: وإنها على وجهين أيضًا. الأول: أن يؤاجر من أجنبي، وذلك بطريقين: أحدهما: أن يكون الكل له، فآجر النصف، وإنه لا يجوز في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يجوز، واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله، قال بعضهم: لا تنعقد هذه الإجارة أصلا حتى لا يجب شيء لا المسمى، ولا أجر المثل، وقال بعضهم: ينعقد فاسدًا حتى يجب أجر المثل وهو الصحيح

الطريق الثاني: أن تكون العين بين رجلين نصفين، فآجر أحدهما نصيبه من أجنبي، وفي هذا الوجه اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله، حكى أبو طاهر الدباس عنه أنه لا يجوز؛ لأنه آجر ما يقدر على تسليمه بطريق التهايؤ؛ لأن المستأجر يقوم مقام الآجر في نصيبه، والآجر مع شريكه كانا ينتفعان بالدار هكذا، فكذا من يقوم مقامه، وذكر الكرخي في "جامعه" نصًا عن أبي حنيفة رحمه الله: أن الإجارة فاسدة، وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي والصدر الكبير برهان الأئمة، قال الكرخي في كتابه: ويستوي عند أبي حنيفة رحمه الله ما يقسم وما لا يقسم، وقال: لا تجوز الإجارة في الوجهين جميعًا عنده، وفي بعض المواضع أن فيما لا يقسم الإجارة جائزة إجماعًا، والوجه الثاني: إذا آجر نصيبه من شريكه، جاز في ظاهر رواية أبي حنيفة رحمه الله، وروى عنه في "النوازل": أنها لا تجوز.

وإذا آجر من رجلين إذ أجمل، فقال: آجرتكما هذه الدار، جاز إجماعًا، وإن فصل بالنصف، فإن قال: آجرت منكما هذه الدار النصف من هذا، والنصف من هذا يجوز إجماعًا أيضًا، وإن فصل بالأثلاث قيل: يجب أن يكون في جواز هذه الإجارة اختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله.

وأما الشيوع الطارئ: فلا يفسد العقد في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وروى خالد بن صبيح عنه أنه يفسد. صورة الشيوع الطارئ: إذا آجر دارًا من رجل، ثم تقايلا العقد في نصفه. صورة أخرى: إذا آجر داره من رجلين، فمات أحدهما. صورة أخرى: إذا آجر الرجلان دارًا من رجل، فمات أحدهما. صورة أخرى: إذا مات أحد المكاريين.

الثالثة: العارية، وإنها جائزة في المشاع على كل حال.

الرابعة: الهبة، فإن كانت مشاعًا لا تحتمل القسمة، فهي جائزة، وهب من أجنبي أو من شريكه، وإن كانت تحتمل القسمة لا يجوز وهب من أجنبي أو من شريكه، والشيوع الطارئ لا يبطل الهبة بالإجماع.

وإذا وهب دارًا من رجلين إن أجمل، وقال: وهبت لكما هذه الدار، على قول أبي حنيفة: لا يجوز، وعلى قولهما: يجوز، وإن فصل إن فصل بتنصيف، بأن قال: وهبت منكما هذه الدار نصفها لك ونصفها لك، فهو على هذا الاختلاف عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز، وذكر ابن سماعة خلاف هذا الوجه في نوادره.

وإن قال لأحدهما: وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف، وإن كان التفصيل بالأثلاث بأن قال: ثلثاها منك، وثلثها منك لا يجوز بالاتفاق، هكذا ذكر في بعض النوادر، وفي رواية ابن سماعة: أن على قول محمد رحمه الله: يجوز، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: لا يجوز.

وهبة المشاع فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله، وليست بباطلة حتى تفيد الملك عند اتصال القبض به، مذكور في باب التيمم من شرح الزيادات، وفي أجناس الناطفي: أنها باطلة، ولو وهب رجلان لرجل دارًا وسلماها إليه، جاز في قولهم.

الخامسة: الصدقة: اعلم بأن التصدق الشائع نظير هبة المشاع في جميع ما ذكرنا إلا في خصلة واحدة: أنه إذا تصدق بالكل على اثنين، فإنه إذا لو وهب الكل لاثنين لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله رواية واحدة، ولو تصدق بالكل عليهما، هل يجوز على قوله؟ ذكر في "الأصل" أنه لا يجوز، فإنه ذكر في الأصل هبة الدار من رجلين، وعطف عليهما الصدقة على رجلين، فقال: وكذلك الصدقة على رجلين، وهذا يدل على أنه إذا تصدق بما يقسم على رجلين، وكذلك أنه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله.

وذكر في "الجامع الصغير": إذا تصدق بعشرة دراهم على فقيرين يجوز، قال الحاكم الشهيد: يحتمل أن يكون المراد ما قاله في الأصل، وكذلك الصدقة على رجلين، وكذلك على غنيين، فيكون ذلك بمنزلة الهبة؛ لأن الصدقة على الغني هبة،

أراد القسمة. فالوجه في ذلك أن يبيع ما بقي، ثم يقتسمان؛ لأن القسمة إنما تجوز بين اثنين، وإن لم يبع، يرفع الأمر إلى القاضي ليأمر إنسانًا بالقسمة معه جاز؛ لأن القسمة هنا جرت بين اثنين.

وإذا كانت الأرض لرجلين تصدق كل واحد منهما بنصفه مشاعًا على حدة صدقة موقوفة، ويسلم كل واحد منهما بصفقتها على والٍ على حدة لم يجز، وإن تصدق كل واحد بنصف على حدة صدقة موقوفة، وجعل الوالي على ذلك رجلًا واحدًا، وسلما إليه جميعًا جاز، ولو تصدق الواحد على الواحد بجميع الدار، وسلم النصف مشاعًا، ثم سلم النصف الباقي، جاز.

إذا كانت الأرض بين رجلين تصدقا بها على الفقراء صدقة واحدة، وجعل كل واحد منهما واليًا؛ فهذا على وجهين: إن جعل كل واحد منهما واليًا؛ ليقبض نصيبه ونصيب صاحبه، بأن قال كل واحد منهما لواليه: وليتك قبض هذه الأرض، يجوز، وإن جعل كل واحد منهما واليًا؛ ليقبض حصته لا غير لا يجوز.

ذكر الخصاف في وقفه تفريعًا على قول أبي يوسف رحمه الله، فقال: أرض بين رجلين وقف أحدهما حصته منها وهو النصف، فله أن يقاسم شريكه ليفرز حصة الوقف؛ لأن ولاية الوقف إليه، فإن كان الواقف قد مات، فلوصيه أن يقاسم الشريك، فيفرز حصة الوقف، ولو أن رجلين كانت بينهم أرض، فوقف كل واحد منهم حصته على قوم معلومين، فهو جائز، ولهما أن يقتسما هذه الأرض. فيفرز كل واحد منهم حصته التي وقفها، وإن كانا وقفاها جميعًا على وجوه سمياها، ثم أراد قسمتها، فلهما ذلك، ويفرز كل واحد منهما ما وقف، ويكون في يده يتولاها.

ولو أن رجلًا وقف جميع أرضه، ثم استحق نصفها شائعًا، وقضى القاضي للمستحق بالنصف بقي النصف الآخر وقفًا على حاله عند أبي يوسف رحمه الله، وكان للواقف أن يقاسم المستحق، فيفرز حصة الواقف. ولو وقف من داره أو أرضه ألف ذراع، جاز عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه يجيز ذلك في البيع ففي الوقف أولى، ثم يذرع الأرض والدار، فإن كانت ألف ذراع أو أقل، كان كلها وقفًا، وإن كانت ألفي ذراع كان الوقف منها النصف، وإن كانت ألفًا وخمسمائة، كان الوقف بينهما ثلثين.

السابعة: الرهن: اعلم أن الشيوع في الرهن يمنع جواز الرهن، سواء رهن من شريكه أو من أجنبي، وسواء كان مشاعا يحتمل القسمة أو لا، والشيوع الطارئ هل يبطل الرهن؟ ذكر بعض مشايخنا في شروحهم أن في المسألة روايتين، وذكر بعضهم أن في ظاهر الرواية يبطل الرهن، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يبطل، والشيوع الطارئ من وجوه، منها: أن يرهن الرجل عبدا من غيره، ثم إنهما يفسخان العقد في نصفه أو ثلثه، أو ما أشبههما، ولو رهن أرضا وقبضها، ثم استحق طائفة منها إن كان المستحق غير معين، لا يبطل الرهن في الباقي، ولا يكون للمرتهن الخيار في الباقي، ولا يكون له المطالبة بشيء آخر مكان المستحق، وإذا رهن دارا من رجلين إن أجمل، بأن قال: رهنت هذه الدار منكما بحقوق ولم يفصل يجوز، وإن فصل لا يجوز، سواء كان التفصيل بالنصف، بأن قال: نصفها من هذا ونصفها من هذا أو كان بالأثلاث.

والشيوع فيما بين المرتهنين لا يمنع صحة العقد إذا وقع العقد في حق المرتهن جملة، حتى إنه إذا كان لرجلين على رجل على كل واحد منهما دين على حدة، رهنه عبدا مشتركا بينهما بجميع حقه رهنا واحدا جاز، وهذا لأن الشيوع إنما يكون مانعا صحة الرهن باعتبار أن الشائع ليس بمحل لحكم الرهن؛ لأن حكم الرهن ثبات اليد والحبس، واليد لا تثبت إلا في المعين، والتصرف إذا لم يصادف محله لا يصح، وهذا المعنى لا يتأتى إذا وقع العقد في حق المرتهن جملة، فلا يمنع صحته، ألا ترى أن الشيوع في باب الهبة فيما يحتمل القسمة لما كان يمنع تمام الهبة لمعنى في المحل، فإذا انعدم ذلك المعنى بأن وقع العقد في حق الموهوب له جملة لا يمنع صحة الهبة، وإن كان الشيوع في حق الواهبين، حتى لو وهب رجلان دارا من رجل، وسلماها إليه جملة كانت الهبة تامة، كذا هنا، أو نقول: الشيوع إنما كان مانعا صحة الرهن؛ لأنه يفوت به حكم الرهن، وهو الحبس في بعض المدة؛ لأنه يحتاج فيه إلى التهايؤ، فالمرتهن يحبسه في بعض المدة وصاحب الرهن يحبسه في بعض المدة، وهذا المعنى لا يتأتى إذا وقع العقد في حق المرتهن جملة

بيان هذا الأصل من المسائل ما ذكر محمد رحمه الله في الجامع الكبير: رجل له على رجل ألف درهم، وعلى الآخر مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة، فرهناه بذلك عبدا بينهما نصفان رهنا واحدا بجميع حقه، وقيمة العبد ألفا درهم، فهذا الرهن جائز،

لأنه لو لم يجز إنما لم يجز لمكان الشيوع إلا أن الشيوع فيما بين الراهنين لا في حق المرتهن، بل العقد في حق المرتهن واحد، وقد ذكرنا أن الشيوع فيما بين الراهنين لا يمنع صحة الرهن إذا وقع العقد في حق المرتهن جملة، قالوا: وطريق الجواز في هذه المسألة أن يجعل كل واحد منهما راهنًا جميع العبد بدين نفسه نصفه بحق الملك ونصفه بحق الاستعارة، وهذا لأنه لو لم يجعل هكذا، يصير كل واحد منهما راهنًا نصفه من العبد، وعند ذلك لا يصح الرهن، نص عليه في هذا الباب، فإنه قال: إذا رهن كل واحد منهما نصيبه من العبد لا يصح، وإنما لا يصح الرهن إذا رهن كل واحد منهما نصيبه بدينه وإن كان لا يمكن الشيوع في حق المرتهن في الحال بأن كان الكلامان خرجا منهما معًا؛ لأنه يؤدي إلى تمكن الشيوع في حق المرتهن في الثاني، ويؤدي إلى فوات حكم الرهن وهو الحبس في بعض المدة في الثاني، فإن هناك إذا قضى أحد الراهنين دينه، كان له أن يقبض نصيبه من العين، فيحتاج المرتهن إلى التهايؤ، وعند ذلك يفوت الحبس في بعض المدة. فأما لو جعلنا كل واحد منهما راهنًا جميع العبد بجميع دينه النصف بحكم الملك والنصف بحكم الاستعارة، فإذا أدى أحدهما ما عليه من الدين لا يكون له أن يفتك نصيبه عنه، فلا يحتاج المرتهن إلى التهايؤ، فلا يفوت الحبس في بعض المدة لا في الحال ولا في الثاني، فيجوز العقد، وإذا كان طريق التصحيح ما ذكرنا، صار كل واحد منهما مستعيرًا من صاحبه نصيبه حتى يرهنه بدينه، وصار كل واحد منهما راهنًا جميع العبد بدين نفسه، كأنه ليس معه غيره، ولا استحالة في هذا؛ إذ يجوز أن يكون العين الواحد محبوسًا بحقوق كثيرة لكل واحد منهما على سبيل الكمال، والذي يؤيد ما ذكرنا في آخر الباب في رهن الأصل: لو رهن عبده بألف درهم نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة لا يجوز؛ لأنه لو كان يتفرق الرهن بتفرق الدين، فيؤدي إلى أن يفتك أحد النصفين عنه، ويبقى الرهن في النصف الآخر مشاعًا، فعلم أن تمكن الشيوع في الثاني في حق المرتهن يمنع صحة الرهن؛ لتمكنه في الحال، وصح أن طريق تصحيح هذا العقد ما قلنا

الثامنة: الرهن بالقرض. فاعلم بأن الرهن بالمشاع جائز، ولا يوجد لهذه المسألة رواية إلا في كتاب المضاربة، وصورة ما ذكر في كتاب المضاربة: إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم، وقال: نصفها عليك قرض، ونصفها مضاربة بالنصف، فهو جائز على ما سمى؛ لأنه جمع بين عقدين على المشاع، ولو أفرد كل واحد منهما على المشاع يجوز

حتى لو قال: دفعت إليك نصف هذه الألف قرضاً يجوز، وكذا إذا قال: دفعت إليك
نصف هذه الألف مضاربة يجوز، فيجب إذا جمع بينهما أيضاً، وفيه نص أبي القاسم
الصفار، وإذا جاز هذا العقد كان لكل نصف حكم نفسه، ومن حكم القرض أنه إذا
هلك بعض القبض يهلك على المستقرض، ومن حكم المضاربة أن رأس المال إذا هلك في
يد المضارب يهلك أمانة، فإذا قال: خذ هذه الألف على أن نصفها قرض لي عليك أن
تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح كله لي، فإنه يجوز ويكره؛ لأنه قرض جر
منفعة؛ لأنه شرط مع القرض لنفسه عملاً في ماله، ولو قال: خذ هذه الألف على أن
نصفها قرض لي عليك، ونصفها مضاربة لتعمل فيه بالنصف، فهو جائز، ولم يذكر
الكراهة ههنا.

فمن مشايخنا من قال: ذكر الكراهة ثمة يكون ذكر الكراهة ههنا؛ لأن القرض في
الموضعين جميعاً جر منفعة، ومنهم من قال: سكوت محمد رحمه الله عن ذكر الكراهة
ههنا دليل على أن لا كراهة ههنا، وإنما جاء الفرق لاختلاف الموضع، فذكر في هذه المسألة
أنه دفع إليه ألف درهم، وقال: نصفها قرض عليك، ونصفها معك مضاربة بالنصف،
فقد عطف المضاربة على القرض، ولم يجعلها شرطاً في القرض، وإذا لم تصر المضاربة
شرطاً، كان هذه منفعة حصلت للمقرض من غير شرط القرض، وفي المسألة المتقدمة
جعل المضاربة شرطاً في القرض، فإنه قال: على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة،
وكلمة على للشرط، فصارت المضاربة شرطاً في القرض، فكان هذا قرضاً جر منفعة
شرطت في القرض، والمكروه منفعة شرطت في القرض لا مطلق المنفعة، لكن هذا ليس
بصحيح، فقد ذكر القدوري في شرحه: إذا دفع إليه ألف درهم على أن نصفها قرض
عليه، ويعمل بالنصف الآخر على أن الربح للدافع، ذكر أنه مكروه مع أنه لم يجعل
المضاربة شرطاً في القرض.

التاسعة: المغصوب. واعلم أن بعض المتأخرين من مشايخنا أنكروا تحقق الغصب
في المشاع، ومنهم كان يفتي ركن الدين أبو الفضل الكرماني والصدر الشهيد حسام الدين،
وقد ذكر محمد رحمه الله في الجامع في كتاب الشركة ما يدل على أن الغصب في المشاع
متصور، فإنه قال: رجلان غصبا من رجل عبداً قيمته ألف درهم، فازدادت قيمته في

أيديهما، فصارت ألفي درهم، ثم غصبه رجل آخر منهما، وماتت في يد الغاصب الثاني، ثم حضروا جميعًا، فالمولى بالخيار إن ضمن الغاصبين الأولين ألف درهم، وإن شاء، ضمن الغاصب الثاني ألفي درهم، فإن ضمن الأولين، رجعا على الثاني بألفي درهم؛ لأنهما ملكا العبد بأداء الضمان من وقت الغصب السابق، فتبين أن الثاني غصب ملكهما، ثم إذا أخذا منه ألفي درهم يطيب لهما إحدى الألفين، ويتصدقان بالألف الأخرى، ولو لقي أحد الغاصبين، وضمنه نصف قيمته، ثم انتقص في نصيبه، ووجب له نصف الثمن؛ لأنه ثبت الملك له في النصف الذي غصبه بأداء الضمان من وقت الغصب السابق.

العاشرة: أن يكتب في بيع المشاع: باع سهمًا واحدًا من كذا سهمًا محدود هذا السهم.

حكي عن الشيخ الإمام أبي الحسن السغدي: أنه قال: مشايخنا بسمرقند يقولون: إنه يوجب الفساد؛ لأنه يوهم الإفراز؛ لأن المفرز يكون له الحدود المعلومة دون المشاع، قال شيخ الإسلام هذا: والصحيح عندي أنه لا يوجب الفساد، وقد ذكر الفقيه أبو جعفر الطحاوي في شروطه: رجل اشترى منه النصف من كذا محدود هذا النصف قال رحمه الله: سمعت السيد الإمام الأجل أبا شجاع يقول: لا أحفظ عن والدي في هذه المسألة شيئًا، ولا رواية عن أصحابنا في ذلك، فذكرت له ما ذكره الطحاوي، فاستحسنه وأخذ به، وهذا لأنه ليس في ذكر حدوده ما يدل على الإفراز، ألا ترى أن ذكر السهم لا يدل على الإفراز، فذكر الحدود كذا يكون -والله أعلم-.

كتاب فيه مسائل الغرور

هذا الكتاب يشتمل على أنواع:

نوع في النكاح

٢٦٠٧٦- قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا سمى الرجل لمرأة بغير اسمه، وانتسب لها إلى غير نسبه، فلما زوجت نفسها إياه، علمت بذلك، فهذه المسألة على وجهين: الأول: أن يكون النسب المكتوم أفضل مما أظهر لها، بأن أخبرها أنه عربي، فإذا هو قرشي، وفي هذا الوجه لا خيار لها ولا لوليها، وعن أبي يوسف رحمه الله: أن لها الخيار، وكذا في «المجرد». وفي «المنتقى» الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا تزوج امرأة على أنه مولى، فإذا هو قرشي، فلها الخيار.

الوجه الثاني: أن يكون النسب المكتوم أدون مما أظهر، وإنه على قسمين: إن كان مع هذا النسب المكتوم كفء لها بأن تزوج عربية على أنه قرشي، فإذا هو عربي، وفي هذا القسم لا خيار لأوليائها؛ لأن حق الأولياء في الكفاءة لا غير حتى لا ينتسب إليهم من لا يكافئهم بالصهورية، وهذا الحق صار موفى، ولها الخيار عند علمائنا الثلاثة؛ لأن ولاية الاستمرار من جانبها، وهي إنما رضيت بتحصيل هذا الفرش ممن هو فوقها لا ممن هو مثلها، فبقيت لها الخيار لانعدام تمام الرضا، وذكر الكرخي في جامعه أنه لا خيار لها.

القسم الثاني: إن لم يكن مع هذا النسب المكتوم كفء لها بأن تزوج امرأة قرشية على أنه قرشي، فإذا هو من الموالي، أو من العرب، وفي هذا القسم لها الخيار، وإذا رضيت به، فللأولياء الخيار.

٢٦٠٧٧- وفي «المنتقى» الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا تزوج امرأة على أنه فلان بن فلان، فإذا هو أخوه أو عمه، فلها الخيار.

٢٦٠٧٨- وفي «الأصل» أيضاً: وإذا سميت امرأة لرجل بغير اسمها، وانتسبت

إلى غير نسبها، فلما تزوجها الرجل، علم بذلك، فلا خيار له، ذكر المسألة من غير ذكر خلاف، وذكر هشام في "نوادره" عن أبي يوسف رحمه الله: إذا تزوج امرأة على أنه قرشية، فإذا هي نبطية، فله الخيار، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا خيار له.

٢١٠٧٩- قال محمد رحمه الله في "الأصل": أمة أتت إلى رجل وأخبرته أنها حرة، فتزوجها على أنها حرة، فولدت له أولادًا، ثم جاء مولاها، وأقام بينة على أنها أمته قضى القاضي بالجارية وأولادها للمولى إلا أن يقيم الزوج بينة على أنها تزوجته على أنها حرة، أما القضاء بالجارية فلأن الجارية عين ماله، وأما القضاء بالأولاد فلأن الأولاد فرع الجارية وجزؤها، وجزء المملوك مملوك لصاحب الجارية إلا أن يظهر سبب الحرية، وذلك الغرور ههنا غير أن الغرور لا يثبت بمجرد دعوى الزوج، بل يشترط إقامة البينة عليه، فإذا أقام الزوج بينة على أنها تزوجته على أنها حرة، فقد ثبت الغرور ههنا، فلا يقضى بالأولاد للمولى، بل يجعله أحرارًا بالقيمة؛ لأن ولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة؛ لأنه علق حرًا في حق المستولد؛ لأنه لم يرض برق مائه، وعلق رقيقًا في حق المستحق؛ لأنه متولد من ذات مرقوق(١) إلا أن الشرع جعله حرًا بالقيمة نظرًا للجانبين ومراعاة للطرفين، وطريقه أن ولد المغرور علق رقيقًا في حق المستحق، وصار الزوج بائعًا الولد من المستحق بما ثبت له فيه من الحق، وهو الحرية ومنع الملك عن المالك بعد الطلب سبب وجوب الضمان؛ ولهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة؛ لأن وجوب الضمان على المستولد باعتبار منع الملك عن المالك، والمنع إنما يتحقق عند الخصومة، فتعتبر القيمة يوم الخصومة لهذا، ويكون قيمة الولد على المستولد في ماله، ومن مات من الأولاد قبل الخصومة لا يضمن المستولد شيئًا من قيمته؛ لما ذكرنا أن ولد المغرور علق رقيقًا في حق المستحق حرًا في حق المستولد، ولو علق رقيقًا في حق المستحق والمستولد بأن كان المستولد غاصبًا لا يضمن من مات من الأولاد قبل الخصومة والطلب، إنما يضمن من مات من الأولاد بعد الخصومة والطلب، فههنا أولى.

٢١٠٨٠- ومن قتل منهم خطأ، فقضى للأب بديته، فإذا قبضها قضى عليه بقيمته؛ لأنه سلم له البدل لما قبض الدية، وسلامة البدل كسلامة المبدل وهو الولد.

(١) في م: مرقوقة

ذلك لا يحلف ، وإنما يحلف على العلم بذلك ؛ لأنه لو ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ، وإذا أنكر يستحلف ، وإنما يستحلف على العلم ؛ لأنه استحلاف على فعل الغير

٢٦٠٨١ - قال : وإذا أخبر رجل غيره عن امرأة أنها حرة ، فتزوجها ذلك الغير على أنها حرة ، وولدت[1] له ولداً ، ثم استحقها رجل ، وجعل القاضي الولد حراً بالقيمة بالطريق الذي مر ، فهذه المسألة على وجهين : إن زوجها المخبر منه على أنها حرة ، فالمستولد يرجع بقيمة الولد على المخبر ؛ لأنه ضمن له بسلامة الولد في ضمن عقد المعاوضة ، وإن لم يكن المخبر زوجها منه ، لكن امرأة زوجت نفسها على أنها حرة ، فالمستولد يرجع عليها بقيمة الولد بعد العتق . أما أصل الرجوع عليها فلأنه صار مغروراً من جهتها ، وأما الرجوع عليها بعد العتق ، فلأن ضمان الغرور ضمان قول ، والأمة محجور عليها ، والمحجور لا يؤاخذ بضمان القول للحال ، وإنما يؤاخذ به بعد العتق .

٢٦٠٨٢ - مكاتبة زوجت نفسها على أنها حرة ، ثم ظهر أنها مكاتبة ، فإن المستولد يضمن للمكاتبة في قول أبي يوسف رحمه الله الآخر . وكان أبو يوسف رحمه الله أولاً يقول : لا يضمن للمكاتبة شيئاً ، ووجه ذلك أن المستولد لو ضمن للمكاتبة قيمة الولد لكان له أن يرجع على المكاتبة بذلك ؛ لأنها هي الغارة ، فكان إيجاب الضمان لها عليه لا يفيد ، ثم رجع عن هذا وقال : يضمن قيمة الأولاد ؛ لأن التضمين مفيد ؛ لأن المستولد يضمن لها للحال ؛ لأن ما يجب على المغرور من ضمان الأولاد يجب حالاً ، وما يجب على المكاتب من الضمان للمغرور يجب مؤجلاً ؛ لأنه ضمان لزم المحجور بالقول ؛ لأن هذا ضمان يثبت بالنكاح والمكاتبة محجورة عن النكاح عند علمائنا الثلاثة ، وكل ضمان يلزم المحجور بالقول فإنه يتأخر إلى ما بعد العتاق ، فيكون الضمان مفيداً .

نوع آخر

في الغرور في الملك:

٢٦٠٨٣ - وإذا اشترى الرجل أمة شراء فاسداً أو جائزاً ، أو ملكها بهبة ، أو صدقة أو وصية ، فولدت له أولاداً ، ثم استحقها رجل ، فإنه يقضي للمستحق بالجارية

(١) وفي م : وولدت منه ولداً .

من الواهب في ضمن العقد دلالة ولا نصاً ، حيث لم يقل : ضمنت لك سلامة الموهوب ، فلو ثبت حق الرجوع للموهوب له يثبت بمجرد الغرور ، ومجرد الغرور لا يصلح لذلك .

فإن كان المشتري باع الأمة من رجل آخر ، واستولد هذا المشتري الثاني ، ثم استحقها رجل آخر ، وأخذ الجارية وقيمة الأولاد من المشتري الثاني ، فرجع المشتري الثاني على المشتري الأول بقيمة الأولاد ، فالمشتري الأول لا يرجع على البائع بقيمة الأولاد على قول أبي حنيفة رحمه الله ، وبه يرجع على قولهما ، حجتهما أن البائع الأول ضمن للمشتري الأول سلامة الأولاد ، ولم يسلم حين أخذ منه قيمة الأولاد ، والدليل عليه أن المشتري الأول في هذه الصورة يرجع على بائعه بالثمن ، وإنما يرجع إذا ضمن له سلامة المبيع ، ولم يسلم لما رجع المشتري الثاني عليه بالثمن .

ولأبي حنيفة رحمه الله أن البائع الأول ضمن للمشتري الأول سلامة الأولاد لا للمشتري الثاني ؛ لأن ضمان السلامة في ضمن البيع ، وإنما يجب ضمان سلامة الأولاد للمشتري الثاني في ضمن البيع الثاني ، والبيع الثاني مقصور على البائع الثاني أيضاً ، ألا ترى أن تسليم المبيع إلى المشتري الثاني لما وجب بالبيع الثاني ، وجب التسليم على البائع الثاني ، لا على البائع الأول بخلاف الثمن ؛ لأن البائع الأول ضمن للمشتري الأول سلامة ما باع منه ، ولم يسلم له ذلك لما رجع الثاني عليه بالثمن .

٢١٠٨٤- وعلى هذا الاختلاف مسألة البناء والغرس ، وصورتها : رجل اشترى من آخر داراً ، وباعها من غيره ، فبنى المشتري الثاني فيها بناء ، واشترى أرضاً ، وباعها من آخر ، وغرس المشتري الثاني فيها أشجاراً ، أو زرعها ، ثم استحقت الدار من يد المشتري الثاني أو الأرض من يده ، ورجع المشتري الثاني على المشتري الأول بقيمة البناء والغرس والزرع ، فالمشتري الأول هل يرجع على بائعه بذلك ؟ على قول أبي حنيفة رحمه الله : لا يرجع ، وعلى قولهما : يرجع ، ومسألة البناء والغرس والزرع مع فروعها في كتاب البيوع .

٢١٠٨٥- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" : في عبد لرجل مقر له بالعبودية باعه من رجل ، وقال العبد للمشتري : اشترني ، فإني عبد فاشتراه ، فإذا هو حر

لا سبيل للمشتري للعبد عليه إذا كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة، وإذا كان البائع لا يدري أين هو لا يرجع المشتري بالثمن على العبد، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يرجع بالثمن على العبد بحال ما، ووجه ذلك أن وجوب ضمان الثمن بالمعاقدة أو بالكفالة عن العاقد، ولم يوجد شيء من العبد إنما الموجود الإخبار بكونه عبداً، وإنه لا يوجب ضمان الثمن، ألا ترى أن أجنبياً لو قال للمشتري: اشتر هذا العبد، فاشتراه، فإذا هو حر لا يرجع المشتري عليه بالثمن، وطريقه ما قلنا، وألا ترى أن العبد إذا قال لرجل: ارتهني فإني عبد، فارتهنه، فإذا هو حر لا يرجع المرتهن على العبد بدينه، كذا هاهنا.

وجه ظاهر الرواية: أن العبد ضمن للمشتري سلامة نفسه، أو سلامة الثمن من مال نفسه متى تعذر استيفاؤه من البائع، وقد تعذر إذا غاب البائع غيبة لا يدرى أين هو؟ فيرجع المشتري بالثمن على العبد بحكم الضمان كالمولى إذا قال لأهل السوق: بايعوا عبدي هذا، فإني قد أذنت في التجارة، فبايعوه ولحقه ديون، ثم استحق العبد، فإن أصحاب الديون يرجعون على المولى بقيمة العبد، وجعل المولى ضامناً لهم سلامة حقوقهم في نفسه عند تعذر الاستيفاء من مالية العبد، بيانه أن المشتري إذا رغب في الشراء اعتمد على أمر العبد إياه به، وعلى إخباره أنه عبد، فيجعل العبد ضامناً سلامة البدل عند عدم سلامة نفسه نفياً للغرور، وإذا كان العبد ضامناً سلامة البدل عند عدم سلامة نفسه، كان للمشتري حق الرجوع على العبد بحكم الضمان، فيمكن جعل العبد ضامناً للسلامة؛ لأن البيع معاوضة يستحق به السلامة، فيمكن أن يجعل الآمر به ضامناً للسلامة على ما هو موجبه نفياً للغرور، ولا كذلك الرهن؛ لأنه شرع لتملك الحبس من غير عوض ويصير بمقابلته استيفاء لعين حقه من غير عوض، فلا يمكن أن يجعل الآمر ضامناً السلامة.

أو نقول: الثمن يجب بالبيع، فجاز أن يكون الآمر به ضامناً، أما الدين فلا يجب بعقد الرهن، بل هو واجب قبل عقد الرهن، فلا يكون الآمر به ضامناً السلامة، ومن هذا الجنس صارت واقعة الفتوى، وصورتها بالفارسية: مردي قصاب از جلابي گوسفند خريد، وخريده گوسفند مفلس آمد ولي جلاب فروش رفت وقصاب مفلس از جلاب

ديگر گوسفندان خريد خواست جلاب اول جلاب دوئم را گفت گوسفندان بقصاب فروش كه او مرد نيكوست فروخت جلاب اول گوسفند آن را از قصاب خريد بحساب زر خويش باز جلاب دوئم را معلوم شد كه قصاب مفلس است خير است كه رجوع كند جلاب اول بحكم غرور كه جلاب دوئم بر گفت جلاب اول اعتماد كرد كه آن مرد نيكو است، فاتفقت الأجوبة أنه ليس له حق الرجوع استدلالا بالمسألة التي ذكرها أبو يوسف رحمه الله على طريق الاستشهاد في مسألة "الجامع الصغير" إذا باع من آخر جارية غيره وتقابضا، ثم اختلف البائع والمشتري، فقال البائع: بعتها بغير أمر صاحبها، وقال المشتري: لا، بل بعتها بأمر صاحبها، فالقول قول المشتري، والمسألة معروفة، فلو أن المشتري استولدها، ثم استحقها إنسان، قال أبو يوسف رحمه الله: يأخذ المولى الولد عبداً له مع الجارية؛ لأن المشتري ليس بمغرور.

٢١٠٨٦- قال هشام: سمعت محمداً رحمه الله يقول: رجل اشترى من صبي لم يأذن له أبوه أو وصيه في التجارة جارية، فأولدها المشتري، ثم استحقها إنسان، فإنه يأخذ الجارية والولد رقيقاً، والنسب ثابت، وكذا لو اشتراها من عبد محجور.

٢١٠٨٧- قال هشام: سألت محمداً رحمه الله عن غلام لم يبلغ الحلم باعه إنسان، وأقر هو أنه مملوك، وهو يعبر عن نفسه، ثم استحق بالحرية، وغاب لا بائع لا يدري أين هو؟ هل يرجع المشتري على الغلام بالغرور؟ قال: لا، قلت: والرجل الذي اشترى عبداً قد أقر على نفسه بالرق، وغاب البائع، وقبض المشتري العبد، ولم ينقد الثمن، والقاضي أعتق العبد؛ لأنه كان حراً الأصل، هل يشهد القاضي على براءة المشتري عن الثمن، والبائع غائب؟ قال: نعم.

نوع آخر:

٢١٠٨٨- إذا اشترى الرجل أم ولد لرجل أو مدبرة أو مكاتبة من أجنبي غير المولى، فوقع عليها، فجاءت بولد، فعلى المستولد قيمة الولد، وعقرها لمولى المدبرة وأم الولد، وعليه قيمة الولد، وعقرها للمكاتبة، وهذا الجواب ظاهر في حق المدبرة؛ لأن ولد المدبرة في حق المستحق يعتبر مدبراً حكماً ضرورة إمكان إيجاب الضمان له كما اعتبر

ولد المدبرة في حق المستحق ضرورة إمكان إيجاب الضمان، فيضمن المغرور؛ لأن المدبرة تضمن بالبيع والغصب، وضمان الغرور ضمان بيع، أو غصب في حق المستحق لا ضمان إعتاق، وبهذا وجب على المغرور قيمة الأولاد موسراً كان أو معسراً.

وفي حق أم الولد هذا الجواب ظاهر أيضاً على قولهما؛ لأن ولد أم الولد يعتبر بولد أم الولد في حق المستحق، وولد أم الولد يضمن بالبيع والغصب عندهما، فيضمن بالغرور أيضاً، مشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن ولد أم الولد لا يضمن بالبيع والغصب عنده كأم الولد، فكيف يضمن بالغرور، وفي المكاتبة هذا الجواب مشكل على قولهم جميعاً؛ لأن ولد المكاتبة في حق المستحق يعتبر مكاتباً مثل حال الأم إلا أن المستولد قد حصل للمكاتبة ما هو مقصودها من عقد الكتابة في حق الولد، فإن مقصودها من عقد الكتابة عتقها وعتق ولدها، ولهذا قلنا: إن المولى إذا أعتق ولد المكاتبة لا يضمن للمكاتبة شيئاً عندهم جميعاً، فيجب أن لا يضمن المغرور للمكاتبة قيمة الولد؛ لأنه حصل للمكاتبة ما هو مقصودها من عقد الكتابة.

والجواب: إيجاب ضمان الولد بالغرور ثابت بإجماع الصحابة، فإنهم أجمعوا على أن ولد المغرور حر بالقيمة بلا تفسير إلا أن إيجاب ضمان الولد في بعض المواضع حصل على موافقة القياس كما في ولد العبد والمدبرة، ولأن المستولد منع مالاً متقوماً عن المستحق، فكان ضماناً بالنص والقياس، وفي أم الولد الضمان على قول أبي حنيفة رحمه الله وفي المكاتبة على قولهم ثبت بإجماع الصحابة بخلاف القياس في الوجه الذي قلنا، وإثبات الحكم نصاً بخلاف القياس جائز.

٢١٠٨٩- رجل اشترى جارية مغصوبة، وهو يعلم بكونها مغصوبة، أو تزوج امرأة على أنها حرة، وهو يعلم بكونها أمة، فاستولدها، فالولد رقيق يأخذه صاحب الجارية؛ لأن المستولد لم يصر مغروراً ههنا حيث علم بحقيقة الحال، ولو اشتراها، وهو يعلم أنها لغيره، وقال البائع: إن صاحبها وكلني ببيعها، أو أوصى إلي وصدقه في ذلك، فاستولدها، ثم حضر المالك، وأنكر الوكالة، فله أن يأخذها وقيمة الولد؛ لأن المشتري صار مغروراً ههنا؛ لأنه وطئها على تقدير أنها مملوكة؛ لأن قول الواحد حجة في المعاملات وما أخبر به لو كان حقاً كانت الجارية مملوكة للمشتري، فيرجع المشتري على

البائع بالثمن، وبما غرم من قيمة الولد؛ لأن البائع صار ملتزمًا سلامتها وسلامة ولدها بالطريق الذي تقدم ذكرها فيما إذا أخبر أنه يبيع ملكه.

نوع آخر

في الوكالة:

٢١٠٩٠- ولو أن رجلاً وكل رجلاً أن يشتري له جارية، واشتراها ونقد الثمن من مال الموكل، واستولدها الموكل، ثم استحقت الجارية أخذها المستحق مع قيمة الولد، والعقر من المستولد لا من الوكيل؛ لأن الوكيل كالمشتري من البائع من وجه باعتبار الملك، والوكيل نائب عنه في حق الملك، وكالمشتري من الوكيل من وجه باعتبار الحقوق، والوكيل بالشراء أصيل في حق الحقوق كأنه اشترى لنفسه، ثم باعه من موكله؛ وأي الأمرين اعتبرنا كان للمستحق أن يضمن المستولد قيمة الولد، ويرجع المستولد على البائع بثمن الجارية وقيمة الولد، والوكيل هو الذي يلي الخصومة مع البائع في ذلك؛ لأن الوكيل كالمشتري بنفسه من البائع من وجه، وكالمشتري من الوكيل من وجه، فمن حيث إنه كالمشتري من البائع يستحق الضمان في ذمة البائع، لا في ذمة الوكيل، ومن حيث إنه كالمشتري من الوكيل يكون المطالب بإيفاء ذلك هو الوكيل توفيرًا على الأمرين حظهما بقدر الإمكان.

وإن أنكر البائع البيع من المستولد، وقال: لم يشتر هذا مني، فأقام المستولد بينة أن فلانًا اشترى هذه الجارية من هذا الرجل بأمري، ونقد الثمن من مالي صار مشتري مغرورًا من جهة البائع، وكان له الرجوع على البائع بالثمن وقيمة الولد، والوكيل هو الذي يلي الخصومة مع البائع في ذلك، فإن شهد شهود المستولد على المشتري، ولم يشهدوا على أن المستولد أمر المشتري بذلك، وإنما شهدوا على أن المشتري أقر أنه اشتراها لفلان بأمره؛ فهذا على وجهين: الأول: أن يشهد الشهود أن المشتري أقر قبل الشرى أو حالة الشراء أنه يشتريها لفلان، وفي هذا الوجه يصير المستولد مغرورًا من جهة البائع، فكان له الرجوع بقيمة الولد على البائع؛ لأن الإقرار بالتوكيل حصل في حال يصح التوكيل، فصح الإقرار، وإذا صح الإقرار به صارت الوكالة الثابتة بالإقرار كالثابتة

نوع آخر:

٢١٠٩٢- وإذا كان للرجل ألف درهم في يدي رجل مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها جارية تساوي ألف درهم، فوقع عليها المضارب فولدت، ثم استحقها رجل يكون الولد حراً بالقيمة، فيأخذ المستحق عين الجارية وعقرها، وقيمة الولد من المضارب؛ لأن المضارب وطئها على حسبان أن ربعها ملكه، وذلك حصته من الربح، وإنه يكفي لعلوق الولد حر الأصل، فلم يصر راضياً برق مائه، وكان مغروراً فيرجع على المضارب بقيمته، ثم المضارب يرجع على البائع بالثمن، وذلك ألف، وتكون الألف على المضاربة كما كان؛ لأنها من مال المضاربة، ويرجع أيضاً على البائع بربع قيمة الولد؛ لأنه صار مغروراً من جهة البائع؛ لأنه اشترى الربع منها لنفسه، ويكون ذلك للمضارب خاصة، ولا يكون على المضاربة؛ لأنه عوض عما أدى بمقابلة الولد، وما أدى بمقابلته كان ماله، ولم يكن مال المضاربة، ولا يرجع المضارب بثلاثة أرباع قيمته، لا على البائع، ولا على رب المال.

٢١٠٩٣- هذا إذا كان في قيمة الجارية فضل على رأس مال المضاربة، أما إذا لم يكن فيها فضل على ذلك، بأن كانت قيمة الجارية ألف درهم، وباقي المسألة بحاله، فإن المستحق يأخذ الجارية وولدها؛ لأن المضارب لم يصر مغروراً ههنا؛ لأن وطء الجارية مع علمه أن لا ملك له فيها ينافي الغرور.

٢١٠٩٤- هذا إذا استولدها المضارب، أما إذا استولدها رب المال، ثم استحقت الجارية كان الولد حراً بالقيمة، سواء كان في قيمتها فضل على رأس المال بأن كانت قيمتها ألفي درهم، أو لم يكن، بأن كان قيمتها ألف درهم؛ لأن المستولد[1] وطئها على أن جميعها ملكه إن لم يكن فيها فضل، وعلى أن ثلاثة أرباعها ملكه إن كان فيها فضل، فصار مغروراً، ثم يرجع على البائع بالثمن، وبجميع قيمة الولد إن لم يكن فيها فضل.

والمضارب هو الذي يلي الخصومة؛ لأن المضارب صار مشترياً كل الجارية لرب المال إذا لم يكن فيها فضل، وهذا الفصل وفصل الوكيل سواء، ثم رجع المضارب على

---

(١) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم: "المزني".

البائع بالثمن، وبقيمة الأولاد، وقيمة الأولاد تكون للمولى خاصة، والثمن يكون على المضاربة. وإن كان فيها فضل، فرب المال يرجع عليه بالثمن وبثلاثة أرباع قيمة الولد؛ لأن المملوك له من جهة البائع هذا القدر، وهو قدر رأس المال، وحصته من الربح. وأما الربع الآخر: فقد اشتراه المضارب لنفسه، فصار رب المال مغروراً من جهة البائع في ثلاثة أرباع الجارية، فيرجع عليه بقيمة ثلاثة أرباع الولد لهذا، ويكون ذلك لرب المال.

نوع آخر

٢١٠٩٥ - قال: وإذا اشترى الرجلان جارية، ثم إن أحدهما وهب نصيبه من شريكه، وولدت أولاداً، استحقها رجل آخر، وأخذها وقيمة أولادها، رجع المستولد بنصف الثمن وبنصف قيمة الأولاد على بائعه، ولا يرجع على الواهب بشيء؛ لأن المستولد صار مغروراً في النصف من جهة البائع، فيرجع بنصف الثمن وبنصف قيمة الأولاد عليه اعتباراً للبعض بالكل، وبالنصف صار مغروراً من جهة الواهب، فلا يرجع عليه في ذلك النصف بشيء، كما لو صار مغروراً في الكل من جهته، ويرجع الواهب على بائعه بنصف الثمن؛ لأن البيع لم يسلم له، فلا يرجع عليه بشيء من قيمة الأولاد؛ لأن الواهب لم يغرم شيئاً من قيمة الأولاد لأحد.

٢١٠٩٦ - قال: وإذا اشترى الرجلان أمة من رجل، وولدت ولداً، وادعاه أحدهما، وغرم نصف قيمتها، ونصف عقرها لشريكه، ثم استحقها رجل آخر، قضي للمستحق بقيمة الولد والعقر؛ لأنه صار مغروراً، فإن الغرور كما يتحقق بقيام الملك في كل الجارية يتحقق بقيام الملك في نصفها؛ لأن قيام الملك في نصفها يكفي لصحة الاستيلاد ولإثبات حرية الأصل للولد، ثم يرجع المستولد على بائعه بنصف الثمن وبنصف قيمة الولد؛ لأنه في نصف الجارية صار مغروراً من جهته، ويرجع على شريكه بما أعطاه من نصف قيمتها ونصف عقرها؛ لأن بالاستحقاق ظهر أن شريكه أخذ ذلك منه بغير حق، ولا يرجع عليه بنصف قيمة الولد، وإن كان شريكه باع نصفها منه؛ لأن هذا البيع من شريكه ثبت من غير صحة، والبيع الذي ثبت من الإنسان من غير

ضمنه[1] لا يوجب صيرورته ضامناً سلامة الأولاد للمشتري في ضمنه؛ لأن ضمان سلامة الأولاد كضمان الكفالة، والكفالة لا تثبت في موضع من غير صنع المالك، فأما البيع فقد يثبت من غير صنع المالك، فأثبتنا البيع، ولم تثبت الكفالة لهذا، ويرجع شريكه المستولد على بائعه بنصف الثمن؛ لأنه لم يسلم له المشترى من جهته.

نوع آخر

٢١٠٩٧- وفي «المنتقى»: رجل وطئ جارية ابنه، فولدت، فضمن قيمتها لابنه، ثم ولدت له ولداً آخر، ثم استحقها رجل قضي له بها وبعقرها، والأب يرجع على الابن بما ضمن له من قيمتي الأمة والولد. وقال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف جواب الأصل، وذكر بعد هذه مسائل منها: رجل وطئ جارية ابنه، وعلقت منه، فادعى الولد، وثبت نسبه منه، وغرم قيمة الجارية للابن، ثم ولدت بعد ذلك أولاداً، ثم استحقها رجل عليه، وأخذ الجارية وقيمة الولد والعقر، فعلى قول محمد رحمه الله: لا يرجع الأب على ابنه بشيء من قيمة الأولاد، وقال أبو يوسف رحمه الله: يرجع عليه بقيمة كل ولد ولدته بعد ذلك الولد.

نوع آخر:

٢١٠٩٨- قال: إذا ورث الرجل أمة من أبيه فوطئها، فولدت منه ولداً، ثم استحقها عليه رجل، قضي له بالأمة وبقيمة الولد؛ لأن الابن مغرور؛ لأنه وطئها على حسبان أنه ملكه بالإرث، فصار مغروراً من جهة الأب، فظهر أنها ليست ملكه وللابن أن يرجع بالثمن، وبما ضمن من قيمة الولد على بائع أبيه لو كان الأب قد اشتراها، فرق بين الوارث وبين الموصى له لو صار مغروراً، وضمن قيمة الولد للمستحق، فإنه لا يرجع على بائع الموصي بشيء، لا بالثمن، ولا بقيمة الولد، والفرق أن الرجوع بالثمن، وبقيمة الولد إنما يكون للمشتري أو نائبه، والموصى له ليس بمشتر، ولا نائب عنه؛ لأن الموصى له لا يقوم مقام الموصي في حقوقه كأنه هو، ألا ترى أنه لا يرد بالعيب، وإذا لم يكن مشترياً ولا نائباً عن المشتري حكماً، لم يكن له أن يرجع على بائع الموصي بشيء، فكان

هو في حق الرجوع وأجنبي آخر سواء، فأما الوارث فإذا لم يكن مشتريا، فهو نائب عن المشتري؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث كأنه هو في حق الحقوق، ألا ترى أنه يرد بالعيب، ويرد عليه كالميت، وإذا كان نائبا عن الميت في حق الحقوق حكما كان له الرجوع على بائع أبيه كما لو كان نائبا عنه حقيقة، بأن كان وكيلا عنه.

نوع آخر:

٢١٠٩٩ - وإذا أقر المريض في مرضه الذي مات فيه أن هذه الجارية لفلان وديعة عنده، فوطئ الوارث الأمة بعد موت المورث، وقد علم الوارث بإقرار المورث، فولدت منه، ثم استحقها رجل، فإنه يقضى للمستحق بالجارية وبالولد؛ لأن الوارث لم يصر مغرورا ههنا؛ لأنه وطئ الجارية مع علمه أنها ملك المقر له، فإن إقرار المريض بكونها وديعة عنده لفلان، وفلان أجنبي عنه صحيح، ولو لم يقر بالجارية لفلان، لكن قال: هي لي، أو لم يقل: هي لي، وعليه دين يحيط بماله، فوطئها الوارث، فولدت منه، ولدنا تباع الجارية في الدين، ويضمن الوارث قيمة الولد، والعقر للغرماء، أما تباع الجارية فإنها لم تصر أم ولد للوارث؛ لأن الثابت للوارث في تركة الميت حق الملك لا حقيقة الملك إذا كان عليه دين مستغرق، وبحق الملك له لا تصير الجارية أم ولد له، ألا ترى أن المولى إذا ادعى ولد أمة المكاتبة وصدقه المكاتب حتى صح دعواه لا تصير الجارية أم ولد له، بل تبقى فئة للمكاتب يبيعها، وإذا لم تصر أم ولد له صار الحال بعد الاستيلاد وقبله سواء، وقبل الاستيلاد تباع الجارية في الدين، كذا ههنا، وأما يضمن المستولد قيمة الولد فلأنه صار مغرورا؛ لأن بين العلماء اختلافا ظاهرا في وقوع الملك للوارث في التركة المستغرقة بالدين، بعضهم قالوا: بثبوت حقيقة الملك، وقد قلنا: بثبوت حق الملك، ولهذا ملك الوارث استخلاصها لنفسه بالأداء من موضع آخر.

ولو كان في التركة جارية، فتزوجها الوارث لا يصح؛ لأن سبب الملك قد تحقق للوارث وهو موت[1] المورث عن مال إلا أنه يعمل عمله في حق إيجاب حقيقة الملك للوارث لمانع وهو الدين، فثبت له حق الملك، وحق الملك يمنع ابتداء النكاح، لكن إن

---

[1] وفي م: حقيقة

ولدت ولداً يكون الولد حراً بالقيمة على الوارث، وعليه العقر، أما كون الولد حراً بالقيمة عليه فلأنه ثبت له في الجارية حق الملك على ما ذكرنا، وحق الملك يكفي لتحقق الغرور، ألا ترى أن المولى يصير مغروراً في جارية المكاتب، ولا يصير مغروراً إلا فيها من حق الملك؛ لأن للمولى سبب الملك في إكساب المكاتب وهو ملك الرقبة في المكاتبة، لكن لم يعمل عمله في إفادة حقيقة الملك، وعمل في إفادة حق الملك وتحقق الغرور ثمة، فكذا ههنا، وإنما غرم العقر عليه، فلأن حق الملك لا يسقط العقر، وإنما يسقط الحد كما في أمة المكاتب، ولو جاء رجل وأقام بينة أنها له قضيت له بالجارية وبالعقر وبقيمة الولد؛ لأن الوارث مغرور.

١١٤٠٢ - وهذا إذا كان على الميت دين مستغرق، أما إذا لم يكن عليه دين مستغرق، والمسألة بحالها، فالمستولد لا يضمن قيمة الولد؛ لأن الدين إذا لم يكن مستغرقاً لا يمنع وقوع الملك للوارث في التركة، فيكون مستولداً أمة نفسه، فلا يضمن قيمة الولد، وإن تعلق بالجارية حق الغير كالراهن إذا استولد الجارية المرهونة، ولكن يضمن قيمتها وعقرها؛ لأنها وإن كانت ملكاً للوارث إلا أنه قد تعلق بها حق الغريم، فإن الدين بعد الموت يتعلق بالتركة، ويجوز أن يضمن المالك بتصرف يحدث في ملكه إذا تعلق به حق الغير، ألا ترى أن الراهن إذا أعتق الجارية المرهونة أو وطئها، فإنه يضمن القيمة والعقر، وإن تصرف في ملكه لتعلق حق الغير وهو المرتهن، كذا ههنا، ثم إنما يضمن جميع قيمتها إذا كان الدين مثل قيمتها أو أكثر، أما إذا كان أقل من قيمتها فإنه يضمن قدر الدين؛ لأن حق الغريم في قدر الدين، هكذا ذكر في الكتاب.

وطعنوا على قول محمد رحمه الله في المسألة قالوا: لا معنى لقول محمد يضمن قيمتها إذا كان الدين مثل قيمتها، وينبغي أن يضمن بقدر ما تعلق بها من الدين، فإن بعض الدين يتعلق بها، وبعضه يتعلق بغيرها، وهذا بناء على أن الدين إذا لم يكن مستغرقاً للتركة لا يعتبر كل جزء من أجزاء التركة مشغولاً بالدين، ألا ترى أنه وقع الملك للوارث في التركة، ولو اعتبر كل جزء من أجزاء التركة مشغولاً بالدين لكان(١) لا يقع الملك للوارث في التركة كما لو كان الدين مستغرقاً، والجواب أن الدين مع أنه لا يكون

---

(١) وفي ب: لوقت

مستغرقاً، فكل جزء من أجزاء التركة يكون مشغولاً بالدين فإن لم يكن مع غيره؛ لأن احتمال هلاك البعض وتعين الباقي لقضاء الدين باقٍ، فيبقى أن لا يملك الوارث شيئاً من التركة كما لو كان الدين مستغرقاً، وهو القياس لكن لم يعتبر هذا المعنى في حق وقوع الملك للوارث لضرورة، فإن الإنسان قلما يخلو عن قليل الدين فلو اعتبرنا هذا الشغل مانعاً من جريان الإرث، لأدى إلى أن لا يقع الملك في التركات للورثة إلا نادراً، وفيه فساد عظيم، فأما فيما عدا وقوع الملك للوارث عند الضرورة معروفة، فيعتبر كل جزء من أجزاء التركة مشغولاً بالدين كأنه ليس معه غيره، ولو لم يكن معها شيء آخر أليس للوارث أن يفصل من جميع القيمة لما استولدها، كذا ههنا.

نوع آخر:

٢٤٤٠١ - قال محمد رحمه الله في صلح الجامع الصغير: رجل ادعى على رجل ألف درهم، فصالحه المدعى عليه من غير إقرار على جارية، ودفعها إلى المدعي، فاستولدها المدعي، ثم استحقت الجارية ببينة، فللمستحق أن يأخذها، ويأخذ عقرها، ويكون الولد حراً بالقيمة، ويدفع قيمة الولد إلى المستحق؛ لأنه ولد المغرور؛ لأن المدعي ملكها بعقد يفيد الملك له ظاهراً، وهو الصلح، وقد ظهر بطلانه، فصار مغروراً؛ لأن ضرورة الغرور ليس إلا هذا، وولد المغرور حر بالقيمة، ولا يرجع المدعي على المدعى عليه لا بالعقر، ولا بقيمة الولد؛ لأن الصلح على الإنكار من جانب المدعى عليه ليس بمعاوضة، بل هو في معنى الرشوة والهبة، ولا يرجع الموهوب على الواهب بشيء، فكذا ههنا، والمعنى في الكل أن رجوع المغرور بقيمة الولد باعتبار ضمان السلامة إما نصاً، أو في ضمن عقد المعاوضات، ولم يوجد ههنا، والمدعي على دعواه في الألف؛ لأن بالاستحقاق انتقض الصلح، وعاد الأمر كما كان قبل الصلح، وكان المدعي حق دعوى الألف قبل الصلح، فكذا بعد انتقاض الصلح.

وإن أقام المدعي بينة على ما ادعى من الألف، وقضى القاضي، فلا شك له أن يأخذها من المدعى عليه، ويرجع عليه بقيمة الولد أيضاً؛ لأن المال قد ثبت بقضاء القاضي بالبينة في حق المدعي والمدعى عليه؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة، فظهر أن

(١) وفي ط ٥٥

الصلح كان معاوضة المال بالمال من الجانبين، وظهر أن المدعي في معنى المشتري، والمشتري يرجع بقيمة الولد على البائع؛ لأنه ضمن صفة السلامة في ضمن عقد المعاوضة، كذا ههنا. وكذا إذا لم يقم المدعي بينة على ما ادعاه، لكن حلف المدعى عليه، فنكل، كان الجواب كما قلنا: إن المدعي يأخذ الألف من المدعى عليه، ويأخذ قيمة الولد أيضاً؛ لأن النكول إقرار، والثابت بالإقرار كالثابت بالبينة.

٢١١٠٢- قال: ولو أن رجلا ادعى على رجل دم عمد، فأنكر المدعى عليه، أو سكت، ثم صالح المدعي على جارية، وأخذها المدعي، واستولدها، ثم استحقت الجارية من يد المدعي بالبينة، فالمستحق يأخذ الجارية، ويأخذ عقرها، وقيمة الولد من المدعي، ويرجع المدعي على أصل دعواه، ولا يرجع بالعقر، ولا بالقيمة على المدعى عليه؛ لما قلنا، فإن أقام المدعي بينة على القصاص، يرجع بقيمة الولد على المدعى عليه؛ لما قلنا: في المسألة الأولى، ويرجع بقيمة الجارية أيضاً بخلاف المسألة الأولى، فإن ثمة إذا أقام المدعي بينة على المال بعد استحقاق الجارية، فإنه يرجع بأصل الدين عليه، ولا بقيمة الجارية، والفرق أن في المسألة الأولى ظهر أن الصلح كان معاوضة المال بالمال بإقامة البينة، وإنه يحتمل الانفساخ بسائر أسبابه كالإقالة والرد بالعيب وخيار الرؤية، فينتقض بالاستحقاق أيضاً، فيرجع بأصل الدعوى، أما في مسألتنا ظهر أن الصلح عن قصاص بإقامة البينة والصلح الواقع عن قصاص لا يحتمل النقض بعد الصحة كالنكاح، فكان السبب الموجب لتسليم الجارية قائماً، وقد عجز عن تسليمها بسبب الاستحقاق، فيجب عليه قيمة الجارية كما في الخلع والنكاح، وكذا لو لم يقم المدعي بينة على القصاص، لكن حلف المدعى عليه فنكل، كان الجواب كما قلنا، فقد أجاب في هذه المسألة في فصل النكول بمثل ما أجاب به في فصل البينة.

قيل: وهذا الجواب لا يستقيم في فصل النكول، أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن عنده لا يقضى بالنكول في دعوى دم العمد أصلا، وأما عندهما فلأن عندهما إنما يقضى بالنكول في دعوى دم العمد بالدية لا بالقصاص، فكان الصلح واقعاً عن الدية لا عن الدم، فينبغي أن يرجع المدعي عليه بالدية عند الاستحقاق لا بقيمة الجارية.

وقيل: لا، بل هذا الجواب يستقيم في فصل النكول أيضاً، أما عند أبي حنيفة

رحمه الله؛ لأن المدعي بهذه الدعوى بعد الصلح لا يدعي لنفسه القصاص، وإنما يدعي قيمة الجارية، وعند أبي حنيفة رحمه الله إنما لا يقضى بالنكول في دعوى دم العمد إذا كان موجب دعواه القصاص، أما إذا كان موجب دعواه المال فيقضى بالنكول كما إذا وقع الدعوى في قتل الخطأ، وكما في قتل الأب ابنه، وما أشبه ذلك؛ ولأن المدعي مع المدعى عليه عند النكول يكونان متفقين على أن الصلح وقع عن دم العمد على جارية، فيصير ما اتفقا عليه في حقهما كالثابت بالبينة.

٢١٤٠٣ - رجل في يديه جارية جاء رجل وادعاها لنفسه وكذبه صاحب اليد، ثم إن صاحب اليد صالح المدعي على جارية أخرى ودفعها إليه، ودفعها صاحب اليد إلى المدعي، واستولد كل منهما الجارية التي في يديه، ثم استحقت إحدى الجاريتين، فالمدعي مستحقها يأخذ الجارية وعقرها وقيمة ولدها، ثم ينظر إن كانت المستحقة هي التي أخذها المدعي عليه لا يرجع المدعى عليه على المدعي بقيمة الولد لما ذكرنا أن الصلح عن الإنكار ليس معاوضة في حق المدعى عليه، فلم يكن من ضمان صفة السلامة، لكن يرجع إلى دعواه لانتقاض الصلح حكماً لاستحقاق بدل الصلح، فإن أقام المدعي بينة على دعواه، أو حلف المدعى عليه فنكل رجع المدعي على المدعى عليه بقيمة الولد؛ لأنه ظهر أن حق المدعي كان ثابتاً وقت الصلح، وأن الصلح كان معاوضة من الطرفين، وأن المدعى عليه كان ضامناً صفة السلامة للمدعي، فيرجع بقيمة الولد، ويرجع المدعي على المدعى عليه بقيمة الجارية التي استولدها المدعى عليه، ولا يأخذها منه؛ لأنه ظهر أنها كانت مملوكة للمدعي، والمدعى عليه ملكها بالصلح ملكاً فاسداً، وكان مستحق الرد بحكم فساد العقد، وقد تعذر الرد بحكم الاستيلاد من المدعى عليه إياها؛ لأن استيلاده قد صح، وإن كان بناء على الملك الفاسد؛ لأن صحة الاستيلاد يعتمد أصل الملك عرف ذلك في موضعه، والحكم في المملوك ملكاً فاسداً وجوب القيمة عند تعذر الرد. إن كانت المستحقة هي التي وقع الدعوى فيها، وهي التي استولدها المدعى عليه، ويرجع المدعى عليه على المدعي بقيمة الجارية التي استولدها المدعي؛ لأنه ظهر أن الصلح الذي جرى بينهما كان فاسداً بزعمهما؛ لأنا إنما حكمنا بجواز الصلح قبل ورود الاستحقاق بناء على زعم المدعي؛ لأنه زعم أن الجارية التي في يد المدعى عليه في الحال حقه، وأن الجارية التي أخذها كانت عوضاً عن حقه، فهو مصدق في حقه، وقد ظهر ببينة المستحق كذب

المدعى عليه في زعمه، فيتعذر تجويز هذا الصلح، فيحكم بفساده، وصار المدعي مشتريًا الجارية التي أخذها بحكم عقد فاسد ومالكًا ملكًا فاسدًا، فيجب عليه ردها، وقد تعذر ردها لمكان الاستيلاد، فيجب رد قيمتها، ولا يرجع المدعى عليه على المدعي بقيمة الولد، فإن زعم المدعي أن الصلح الذي جرى بينهما كان معاوضة، وأن المدعي ملك الجارية التي وقع الدعوى فيها من المدعى عليه بعوض، وبذلك صار ضامنًا له صفة السلامة إلا أن المدعى عليه قد رد إقراره بذلك، وزعم أنه كان ظالمًا في الدعوى، وأنه لم يملك هذه الجارية منه بالجارية التي دفعها إليه، بل افتدى يمينه بالتي دفعها، وإذا كان المدعى عليه منكرًا لملك الجارية المستولدة من المدعي بالجارية التي أخذها المدعي؛ لأنه يزعم أنها له وأن المدعي أخذها منه ظلمًا، وقد تعذر الرد، فيجب قيمتها.

ولو لم يصطلحا على الوجه الذي ذكرنا، لكن اصطلحا على أن يدفع المدعي إلى المدعى عليه جارية، ويأخذ من المدعى عليه الجارية التي وقع الدعوى فيها، واستولد كل واحد منهما الجارية التي أخذها الآخر، ثم استحقت إحداهما، رجع المستحق عليه على صاحبه بقيمة الجارية التي أخذها منه، وبقيمة الولد التي ضمنها للمستحق؛ لأن هذا الصلح معاوضة من الجانبين؛ لأن كل واحد منهما أخذ جارية لا يسلم له ما أخذ إلا بما أعطى، وهذا هو حد المعاوضة، فصار كل واحد منهما ضامنًا صفة السلامة لصاحبه، أما في الفصل الأول فقد تعذر اعتبار الصلح معاوضة في حق المدعى عليه؛ لأنه ما دفع الجارية ليأخذ شيئًا، والجارية الباقية في يده سالمة له غير متعلقة بإعطاء ما أعطى المدعي بدليل أنه لو لم يعطه، وحلف على دعواه سلمت له الأخرى، وهو معنى قولنا: يتعذر اعتبار معنى المعاوضة في جانب المدعى عليه ثمة، أما هنا فبخلافه.

ثم إن محمدًا رحمه الله أثبت للمستحق على المستولد الرجوع بقيمة الولد من غير فصل بينما إذا كان المستحق عليه المدعي أو المدعى عليه، وينبغي أن لا يكون الرجوع للمدعي على المدعى عليه فيما إذا كان المستحق عليه المدعي؛ لأن في زعم المدعي أنه استولد ملك نفسه؛ لأن في زعمه أن الجارية استحقت(١) عليه ملكه في الأصل، ولم يتملكها من جهة المدعى عليه، لكن كان لا يملك أخذها من يد المدعى عليه، فافتدى ملكه

(١) هكذا هي هنا، وكذا في الأصل وفي م: إن مستحقت.

ملكه، وفي مثل هذا، لا رجوع بقيمة الولد، ألا ترى أن في الفصل الأول لو ورد الاستحقاق على المدعى عليه، لا يرجع هو على المدعي بقيمة الولد، وإنما لم يرجع لما في زعم المدعى عليه أنه ما ملك الجارية من جهة المدعي، بل هي ملكه في الأصل، وإنما استولد ملك نفسه، كذا ههنا، قلنا: نعم إن المدعى عليه زعم هكذا إلا أنه صار مكذباً فيما زعم من جهة الحكم ومن جهة نفسه، أما من جهة الحكم فلأن قبل هذا الصلح لا يتمكن هو من أخذها من يد المدعى عليه لكونها ملك المدعى عليه ظاهراً، وبعد الصلح يتمكن من أخذها من يده، وأما من جهة نفسه فلأنه أعطى عوضاً من مال نفسه بما يليها، والإنسان لا يعوض ملكه بملكه، فهو في معنى قولنا: إنه صار مكذباً في زعمه أن الجارية ملكه، فيبطل حكم ذلك الزعم، وتثبت المعاوضة بينهما ظاهراً لوجود حق المعاوضة[1] بخلاف الوجه الأول؛ لأنه ثمة لم يثبت معنى المعارضة في جانب المدعى عليه بوجه من الوجوه على ما مر، وإلى هذا المعنى أشار محمد رحمه الله في الكتاب حيث قال: أخذ كل واحد منهما عن صاحبه مالاً ههنا لم يكن له في الحكم، وهو ما نقل عن المشايخ أن الأصل في جنس هذه المسائل أن ما يتصور بصورة المعاوضة، يرجع فيه بقيمة الولد على الاستحقاق.

واستوضح محمد رحمه الله في الكتاب مسألة دعوى الجارية بمسألة دعوى الدار، فقال: رجل ادعى داراً في يدي رجل، واصطلحا على أن يدفع المدعي داراً أخرى إلى المدعى عليه، ويأخذ الدار المدعى من المدعى عليه كان للشفيع الشفعة في الدارين جميعاً لوجود صورة المعاوضة، فكذا في حق الرجوع بقيمة الولد قبل الاستشهاد ليس بصحيح؛ لأن الشفعة حق الغير، فجاز أن لا يصدق المدعي أن الدار كانت ملكاً له حين ظهر المبادلة والمعاوضة في حق الشفيع. أما الرجوع بقيمة الولد عند الاستحقاق حق المدعي وفي زعمه أن الجارية التي وقعت فيها الدعوى ملكه، فجاز أن يعتبر زعمه في ذلك.

٢١١٠٤- رجل ادعى داراً في يدي رجل، وصالحه المدعى عليه على دار أخرى، ودفعها إلى المدعي من غير إقرار، وبناء كل واحد منهما في الدار التي في يديه بناء، ثم

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: حد المعاوضة.

استحق إحدى الدارين، وأخذها المستحق، ونقض البناء، وأراد المستحق عليه الرجوع على من يرجع بقيمة البناء ينظر إن كان المستحقة هي الدار التي وقعت فيها الدعوى، فالمدعى عليه لا يرجع بقيمة البناء على المدعي؛ لأن البناء في الدار كالولد في الجارية في حق ضمان الغرور، فكما لا يرجع المدعى عليه بقيمة الولد على المدعي، لا يرجع المدعى عليه ههنا بقيمة البناء على المدعي، ولكن يرجع عليه بقيمة الدار التي دفعها إليه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن بالاستحقاق وإن ظهر بطلان الصلح إلا أن المدعي ملك الدار التي أخذها ملكًا فاسدًا، ومن ملك الدار ملكًا فاسدًا، وبنى فيها بناء ينقطع حق المالك، وهو المالك في استرداد عين الدار عند أبي حنيفة رحمه الله، ويرجع بقيمة الدار، وعندهما: لا ينقطع حق المالك في استرداد عين الدار، وينقض بناء المشتري، فههنا كذلك.

وإن كانت الدار المستحقة هي التي أخذها المدعي، يرجع المدعي في دعواه؛ لأن الصلح قد انتقض، فصار كأن لم يكن، وإن أقام المدعي بينة على دعواه في الدار التي هي في يد المدعى عليه، أو استحلف المدعى عليه، فنكل، يرجع المدعي بقيمة البناء على المدعى عليه بالإجماع كما في الولد، ويرجع بقيمة الدار التي وقعت فيها الدعوى على المدعى عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه بإقامة البينة ثبت المعاوضة من الجانبين، وثبت ضمان سلامة البناء في ضمن المعاوضة عند النكول، ويرجع بقيمة الدار التي في يد المدعى عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه ثبتت المعاوضة من الجانبين، وظهر أن المدعى عليه ملك الدار التي هي في يديه ملكًا فاسدًا؛ لأنه ظهر أن مالكها بدل مستحق، وامتنع رد عينها بسبب البناء عند أبي حنيفة رحمه الله، فيرجع المدعي بقيمتها، وعندهما لم تمتنع عن رد عينها بسبب البناء، فيسترد المدعي عينها.

٢١٦٠٥ - قال: رجل اشترى أمة وأعتقها، وزوجها من رجل، ولم يخبر الزوج أنها حرة، ولا أنها أمة إلا أن الزوج علم بشراء[1] المزوج وإعتاقه إياها، ثم وطئها الزوج، فولدت ولدًا، ثم استحقت، فللمستحق على الزوج عقرها وقيمة ولدها؛ لأن الزوج صار مغرورًا؛ لأنه اعتمد سببًا يفيد حرية الولد، وهو إعتاق المشتري الجارية، وقد تبين

---

(١) في ب: المشتري، وفي م: بشرى.

ذلك في حق المستحق؛ لأن تأويل المسألة أن الزوج أقام بينة أن المشتري كان أعتقها، أو كان أعتقها المشتري بمعاينة القاضي؛ فيثبت الغرور، وولد المغرور حر بالقيمة.

فرق بين هذا وبينما إذا لم يعلم الزوج بشراء المتزوج وإعتاقه إياها، والباقي المسألة بحالها، فإن ثمة الولد يكون رقيقًا مملوكًا للمستحق يأخذه المستحق، والفرق أن الزوج إذا لم يعلم بشراء المزوج وإعتاقه، وقد استولدها مع احتمال أنها أمة، فقد صار راضيًا برق مائه، والمستولد متى رضي برق مائه لا يجعل ولده حرًا بالقيمة كما إذا تزوج أمة واستولدها، أما إذا علم بشراء المتزوج وإعتاقه لم يصر راضيًا برق مائه، وصار مغرورًا على الوجه الذي قلنا، فوجب القضاء بحرية الولد بالقيمة، ولا يرجع هو على المزوج بقيمة الولد.

فرق بين هذا وبينما إذا اشترى من آخر جارية واستولدها، ثم استحقت، وأخذ المستحق قيمة الولد من المشتري حيث يرجع المشتري على البائع بقيمة الولد، والفرق أن المستولد إنما يرجع على العاقد بقيمة الولد إذا صار مغرورًا وبضمن العاقد له سلامة الولد والبائع صار ضامنًا للمشتري سلامة الولد؛ لأنه ضمن له سلامة ملك الرقبة بالعقد؛ لأنه وضع لتملك الرقبة، وملك الرقبة للمشتري يوجب حرية الولد، فيصير ضامنًا سلامة الولد ضرورة، أما المزوج فما ضمن للزوج سلامة ملك الرقبة، وإنما ضمن له سلامة ملك المتعة؛ لأن النكاح وضع لتمليك المتعة، وليس من ضرورة سلامة ملك المتعة حرية الولد كما في نكاح الأمة حتى لو شرط المزوج للزوج في العقد أنها حرة، والباقي بحاله يرجع الزوج على المزوج بقيمة الولد؛ لأن المزوج ثمة صار ضامنًا سلامة الولد للزوج؛ لأن حرية الجارية توجب حرية الولد.

٢١١٠٦ - رجل اشترى جارية، واستولدها، ثم أعتقها، وتزوجها، ثم استولدها، ثم استحقت الجارية، فالمستحق يأخذها، ويأخذ قيمة الولدين؛ لأن المستولد كان مغرورًا في الولد الأول معذورًا في الولد الثاني، بيان الأول أن استولد الأول بحكم الشراء، والمشتري مغرور، بيان الثاني أنه استولد الثاني بعد ما علم بحريتها بدليل يدل عليه ظاهرًا، وهو شراؤه وإعتاقه إياها، وفي مثل هذا المستولد يكون معذورًا كما لو تزوجها من غيره بعد ما أعتقها، وعلم الزوج بشرائه وإعتاقه، واستولدها، وولد المغرور وولد

اختلفت في الولدين أحدهما حدث في ملك اليمين، والآخر في ملك النكاح؛ لأن شراء المستولد، وإعتاقه صحيح في حق البائع والمستولد جميعاً، فكانت الحالة مختلفة بزعمها، فاعتبرنا زعمهما بزعم من له الحق في الفصول كلها.

نوع آخر:

٢١١٠٧- قال محمد رحمه الله في "السير الكبير": إذا أغار قوم من أهل الحرب على قرية من قرى المسلمين فيها حرائر من المسلمين وأهل الذمة وأمهات الأولاد والمدبرات والمكاتبات، وأحرزوهن بدارهم، وقسم بينهم ذلك، ووطئ كل رجل امرأة أصابه من ذلك وولدت له أولاداً، ثم أسلم أهل الدار، وصاروا ذمة، فإن الحرائر من المسلمات والذميات مردودات إلى أهاليهن؛ لأنهن لم يملكن بالأسر وأولادهن أحرار تبعاً؛ لما عرف أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية، ونسب الأولاد ثابت من الآباء؛ لأنهم واطئوهن معتقدين أنهم ملكوهن، فهذا وطء بتأويل الملك وشبهته، والوطء بشبهة الملك يوجب ثبات النسب، ولا صداق على أهل الحرب في شيء من ذلك بدل منفعة البضع، ولو أتلفوا في حال حربهم أنفسهم لم يضمنوا، فكذا إذا أتلفوا منافع أبضاعهن، والمدبرات وأمهات الأولاد مردودات على مواليهن؛ لأنهن لم يملكن بالسبي أيضاً، وأولادهن ثابتو النسب من الآباء، أحرار على دين الأمهات؛ لأنهم واطئوهن بشبهة الملك وكانوا كأولاد المغرورين، وأولادهم ثابتو النسب منهم، فكذا هؤلاء الأولاد يكونون أحراراً ثابت النسب من آبائهم، ولا عقر على الآباء؛ لما قلنا، ولا قيمة الأولاد عليهم، وإن صاروا مستهلكين الأولاد على المولى بحكم الغرور؛ لأنهم حين واطئوهن كانوا محاربين، وذلك يمنع وجوب الضمان عليهم باستهلاك سائر أجزائهن حقيقة، وكذا باستهلاك بعض أجزائهن وهم الأولاد بحكم الغرور.

فإن قيل: المغرور يضمن قيمة الولد يوم الخصومة، ويوم الخصومة مسلمون أو من أهل الذمة، فيمكن إيجاب قيمة الولد باستهلاك الولد بحكم الغرور.

قلنا: المغرور إنما يضمن قيمة الولد بالوطء، والإعلاق المتقدم وهو في تلك الحالة لم يكن من أهل وجوب القيمة عليه بالإتلاف بخلاف الغرور إذا كان مسلماً؛ لأنهم من

أصل وجوب القيمة عليه وقت الوطء، فيجب عليه قيمة الولد يوم الخصومة، فالحاصل أن في حق أصل وجوب الضمان العبرة بوقت الوطء، وفي حق مقدار الواجب العبرة لوقت الخصومة، ومثل هذا جائز؛ ألا ترى أن العبد إذا حفر بئراً على قارعة الطريق ثم أعتقه المولى، ثم وقع في البئر دابة لرجل، فماتت، فالمرجع في أصل الضمان يستند حتى يكون ضمان الواقع على المولى، وفي حق مقدار قيمة الواقع ينظر إلى حالة الوقوع، كذا ههنا.

والمكاتبات مردودات على مواليهن، ويكون المكاتبات على حالهن، وأولادهن أحرار بحكم الغرور، ولا عقر على الآباء، ولا قيمة للأولاد عليهم؛ لما قلنا. وأما الإماء فكل واحدة منهن أم ولد للذي وطئها؛ لأنه استولد ملك نفسه فصح استيلاده، وصارت أم ولد له فيها، ذلك بمنزلة لو أسلم أهل الدار، فالجواري أمهات أولادهم على حالهن، وإن صاروا ذمة كانت الجواري كوافر، فكذا الجواب من أمهات أولادهم على حالهن، يطؤهن ويستخدمونهن؛ إذ يجوز أن تكون كافرة تحت كافر يستخدمها ويطؤها، وإن كن مسلمات، فهن أمهات أولادهن أيضاً، لأنهن يخرجن إلى الحرية بالسعاية تسعى كل واحدة منهن لمولاها فتعتق، ويكون بمنزلة المكاتبة ما دامت تسعى، ولا يطؤها مولاها، ولا يستخدمها، وهذا لأنه لا وجه إلى تركها تحت كافر يطؤها، ويستخدمها لكونها مسلمة، ولا وجه إلى أن يبيعها الإمام على مولاها؛ لأنها أم ولد، وأم الولد لا تباع، فتعين الإخراج إلى الحرية بالسعاية بمنزلة أم الولد النصرانية، إذا أسلمت ومولاها نصراني، وكذا المرتدون من أهل الإسلام إذا غلبوا على دارهم، وأجروا فيها أحكام الشرك، فهم بمنزلة أهل الحرب فيما أسروا من السبايا، وكذا أهل الذمة إذا نقضوا العهد، وغلبوا على دارهم، فهم بمنزلة أهل الحرب فيما أسروا من السبايا

ولو كانوا قوماً من الخوارج [illegible] فأسروا أمهات الأولاد والمدبرات والمكاتبات والإماء، فأخذ أميرهم خمس ذلك، وقسم أربعة الأخماس فيما بينهم، فوطئ كل رجل منهم المرأة التي أخذها، وولدت له أولاداً، ثم إن أهل البغي تابوا ورجعوا أو هربوا وتفرقوا، فنسب الأولاد ثابت منهم؛ لأنهم وطئوهن بتأويل الملك، وتأويل أهل البغي بمنزلة تأويل أهل الحرب؛ لأن تأويلهم كتأويل أهل الحرب مع المنعة، ألا ترى أنه لا

يلزمهم ضمان ما أتلفوا من الدماء ، فكان التأويل مع المنعة ، والوطء بالتأويل يوجب ثبات النسب ، ولا عقر على واحد منهم ، ولا قيمة الولد ، والأصل في ذلك كله ما روى عن الزهري بأنه قال : وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون ، فاتفقوا على أنه لا قود في دم استحل بتأويل القرآن ، ولا حد في فرج استحل بتأويل القرآن ، ولا ضمان في مال استحل بتأويل القرآن إلا أن يوجد شيء بعينه ، فيرد على أهله ، وعن هذا قلنا : إن المسبية إذا كانت أمة يؤمر المدعي[1] بالرد على مولاها إذا تاب ، وفي الحربي إذا أسلم ، وصار ذمة لا يؤمر الحربي برد المسبية إذا كانت أمة على مولاها ؛ لأن الحربي ملك الأمة بالسبي ؛ فلا يؤمر بالرد بعد الإسلام ، أو بعد قبول عقد الذمة ، أما الباغي فلا يملك المسبية بالأسر ، وإن كانت أمة ؛ لأن الباغي مسلم ، والمسلم لا يملك بالسبي إلا أنه لا يضمنه بالإتلاف للإجماع ، ولا إجماع في أن لا يؤمر بردها إذا كانت قائمة بعينها ، بل الإجماع على الرد ، فلهذا أمرنا .

٢٦١٠٨ - ولو أن قومًا من لصوص المسلمين غير متأولين أخذوا النساء[2] من الحرائر والإماء ، وقسموا فيما بينهم ، وولدن لهم منهن أولادًا ، ثم ماتوا ، أو ظهر عليهم الناس ، فنسب أولادهم لا يثبت منهم ، وكانوا زناة يقام عليهم الحدود ، وأولاد الإماء لموالیهم أرقاء تبعًا لأمهاتهم ، وأولاد أمهات الأولاد بمنزلتهن يعتقون بعتق الأمهات ؛ لأن مجرد المنعة بلا تأويل لا حكم له كما أن مجرد التأويل بلا منعة[3] لا حكم له ، ألا ترى أنهم يضمنون ما أتلفوا من الأموال والدماء ، ويقتلون قصاصًا ، فكان حكمهم حكم الغاصبين ، ومن غصب جارية ووطئها ، فولدت ولدًا ، لم يثبت نسب ولدها منه ، وكان وطؤها زنا يقام عليه الحد بذلك ، فكذا هاهنا .

---

(١) وفي م : الباغي .

(٢) وفي م : السبايا .

(٣) وفي ظ وم : منعة .

نوع آخر:

٢١١٠٩ - قال محمد رحمه الله في "السير الكبير": إذا آمن رجل من المسلمين قومًا من المشركين، فأغار عليهم قوم آخرون من المسلمين، فقتلوا الرجال، وأصابوا النساء والأموال، واقتسموا وولدت[1] لهم أولادًا منهن، ثم علموا بالأمان، فعلى الذين قتلوا الدية ويرد النساء والأموال إلى أهلهن، ويغرموا للنساء أصدقتهن بما وطئوا من فروجهن، والأولاد أحرار مسلمون تبعًا لآبائهم لا سبيل لهم عليهم، وإنما كان كذلك لأن أمان الواحد جائز عليه وعلى بقية المسلمين، فإذا أغار عليهم قوم من المسلمين، فإنما قتلوا المستأمنين، واستهلكوا أموالهم، وقتل المستأمن، واستهلاك ماله سبب للضمان؛ لأن بالأمان تظهر العصمة والتقوم في أنفسهم وأموالهم اعتبارًا للأمان المؤبد، الأمان المؤبد وهو عقد الذمة، ويرد النساء بعد ثلاث حيض؛ لأنهم وطئوهن بشبهة توجب الاعتداد في شبهة الملك، وفي زمن الاعتداد توضع على يدي عدل، والعدل امرأة عجوز ثقة لا الرجل، وكذا يرد ما بقي من الأموال عليهم؛ لأن بقية الأموال بقيت على ملكهم، ويغرمون للنساء أصدقتهن؛ لأنهم وطئوهن بشبهة، والوطء بالشبهة يوجب العقر، ويكون الأولاد ثابتي النسب منهم؛ لأنهم صاروا مغرورين على تقدير أنهم ملكوهن، وولد المغرور ثابت النسب من المغرور، ويكون الأولاد أحرارًا بغير قيمة، وإن صاروا مغرورين على تقدير؛ لأن ولد المغرور في غير هذا الموضع إنما يكون حرًا بالقيمة؛ لأن الأم رقيقة، فيجب أن يكون الولد رقيقًا إلا أن الشرع جعله حرًا بالقيمة نظرًا للمستولد، ونظرًا لصاحب الجارية، وههنا الأم حرة والولد انفصل عن أصل حر، فيكون حرًا بغير قيمة، ويكون الأولاد مسلمين تبعًا للآباء؛ لأنهم مسلمون، والولد تبع خير الأبوين دينًا -والله تعالى أعلم-

---

(1) وفي م: ولدتهم.

كتاب فيه مسائل الأشجار

٢١١٦٠ - ذكر في صلح النوازل عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله: شجرة الفرصاد في الطريق إذا كان لا يضر بالطريق، فلا بأس به، ويطيب للذي غرسها أخذ ورقها وفرصادها، وإن كانت هذه الشجرة في المسجد، فلا بأس بأخذ توتها وأكلها، ولا يجوز أخذ ورقها.

٢١١٦١ - وعن محمد: في نهر عام إذا أراد الرجل أن يغرس عليه لمنفعة المسلمين له ذلك، نهر لقوم يجري في بستان رجل أراد صاحب البستان أن يغرس على حافته ليس له ذلك إذا كان لأصحاب النهر في ذلك ضرر بأن يضيق نهرهم بسببها، ولو غرس يؤمر بالقلع إلا أن يوسع النهر من الطريق الآخر بمقدار ما كان على وجه لا يتفاوت في حق أصحاب النهر، فحينئذ لا يمنع عنه، وإن كان قد غرس لا يؤمر بالقلع، وإن لم يكن لأهل النهر في ذلك ضرر بأن كان لا يضيق نهرهم بسببها، كان له ذلك.

٢١١٦٢ - وفي نوادر هشام قال: سألت محمداً رحمه الله عن رجل له قناة خالصة عليها أشجار لقوم فأراد صاحب القناة أن يضرب قناته من هذا النهر، ويحفر له موضعاً آخر قال: ليس له ذلك؛ لأن الأشجار التي على حافتي هذا النهر حق شرب من هذا الماء، ولو باع صاحب القناة، فصاحب الشجر شفيع جوار.

٢١١٦٣ - إمام أجرى نهراً لقوم في مدينة لأهل الشفة(١)، فلأهل المدينة أن يتخذوا على ذلك بساتين إذا لم يضر ذلك بأهل الشفة، وإن كان يضر ذلك بأهل الشفة ليس لهم ذلك، يريد بقوله: إذا كان يضر ذلك بأهل الشفة أن لا يصل الماء إلى أهل الأسفل، أو يصل إليهم من الماء قليل لا يكفيهم ذلك بسبب اتخاذ البساتين، فإن كانت الحالة هذه، لا يكون لهم أن يتخذوا البساتين.

سئل أبو القاسم عن رجلين لهما نهر، وعلى ضفته أشجار، وكل واحد منهما يدعي الأشجار أنها له قال: إن علم غارسها، فهي له، وإن لم يعرف غارسها فما كان في

---

(١) هكذا في ف، وكان في الأصل: لأهل الساقية، وفي م: لأهل الشفعة

موضع مملوك خالص، فهي لمالكه، وما كان في موضع مملوك مشترك، فهو بينهما في الحكم، والأصل أن الشجر إنما يستحق بالغرس، أو بملكيته التالية[1] أو بالأرض، وسئل أيضاً: عمن له أشجار على ضفة نهر ماذيان، ونبتت من عروقها أشجار في الجانب الآخر من النهر، ولرجل في هذا الجانب كرم بينه وبين هذا الجانب طريق، فادعى كل واحد منهما هذه الأشجار قال: إن عرف أنها نبتت من عروق تلك الأشجار، فهي له، وإن لم يعرف ذلك ولا يعرف غارسها أيضاً، فهي [بمنزلة][2] غير مملوكة لأحد لا يستحقها صاحب الكرم ولا صاحب الأشجار؛ وسئل أبو بكر عن ضيعة تحت نهر ماديان على ضفة النهر أشجار، يريد صاحب الضيعة أن يبيعها قال: إن نبتت الأشجار من غير مستنبت وأرباب النهر قوم لا يحصون، فهي لمن أخذها وقطعها، ولا أحب أن يبيعها صاحب الضيعة قبل أن يعلمها، وإن كانت لها مستنبت، فهي كاللقطة.

وسئل عن أشجار على ضفة نهر لأقوام تجري في سكة غير نافذة، وبعض الأشجار في ساحة لهذه السكة، فادعى واحد من أهل السكة أن غرسها فلان، وإني وارثه، قال عليه البينة، فإن لم يكن له بينة، فما كان في حريم النهر، فهو لأرباب النهر، وما كان في ساحة السكة خارجاً عن حريم النهر، فهو لجميع أهل السكة إن غارسه فلان، والأصل أن الشجر إن لم يعرف له غارس، ولا مالك، فإنه يحكم بالأرض.

٢١١١٤- وفي "فتاوى الفضلي": نبتت شجرة، أو زرع في أرض إنسان من غير أن يزرعه أحد، فهو لصاحب الأرض؛ لأنه متولد من أرضه، فكان جزء من أرضه، وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": شجرة في أرض رجل نبتت[3] من عروقها في أرض غيره، فإن كان صاحب الأرض هو الذي سقى وأنبت، فهي له، وإن كان نبتت بنفسه، فهي لصاحب الشجرة إن صدقه صاحب الأرض أنه من عرق شجرة، وإن كذبه، فالقول قول صاحب الشجر.

٢١١١٥- وفي "نوادر هشام" قال: سألت محمداً رحمه الله عن شجرة في داري

---

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل "بملكية اليد".

(٢) زيد من م.

(٣) زيد من ف وم.

للطالب بالمال، فللطالب أن يتبع تركة المطلوب إن شاء، وتركة الكفيل إن شاء، وإذا وجدهما حيّين وجد ما لهما كان له الخيار، يطالب أيهما شاء، فيجعل هذه المسألة على وجهين: إما أن لم يكن على واحد من الكفيل والمطلوب شيء سوى هذا الدين، والكلام فيه ظاهر، يأخذ الطالب دينه من أي التركتين شاء، ولا سبيل له على تركة الآخر إذا وصل إليه تمام حقه، وإن لم يصل إليه تمام حقه يرجع بما بقي من حقه في التركة الأخرى، وإن كان على كل واحد منهما دين آخر مع دين الطالب بأن كان على كل واحد منهم ألف درهم للطالب مثلاً، وألف درهم لغريم آخر، وفي هذه الصورة المسألة على ثلاثة أوجه: إما أن كان في تركة كل واحد منهما وفاء بما عليه من الدينين، أو كان في تركة أحدهما وفاء بما عليه من الدينين، ولا وفاء بما عليه من الدينين في تركة الآخر، فإن كان في تركة كل واحد منهما وفاء بما عليه من الدينين، وقد اختار الطالب إتباع تركة المطلوب بأخذ تمام حقه منها ألف درهم، ولا يرجع ورثة المطلوب بما أدوا على أحد؛ لأنهم دين مورثهم، ألا ترى أن المطلوب لو كان حياً، وأخذ الطالب منه دينه، لا يرجع المطلوب بما أدى على أحد؛ لأنه أدى دين نفسه، وإن كان الطالب اختار إتباع تركة الكفيل وأخذ من تركته ألف درهم أخذ غريم الكفيل أيضاً تمام حقه منها ألف درهم، ورجع ورثة الكفيل على ورثة المطلوب بما أدوا من دين مورثهم بأمرهم، ألا ترى أن المطلوب لو كان حياً، وقد أخذ الطالب الدين من تركة الكفيل، فلورثة الكفيل أن يرجعوا على المطالب بما أدوا من الدين، هذا إذا كان في تركة كل واحد منهما وفاء بالدينين.

الوجه الثاني: أن يكون في تركة أحدهما وفاء بالدينين بأن كان تركته ألف درهم، وأن لا يكون في التركة الأخرى وفاء بالدينين، بأن كان تركته ألف درهم، وإنه على وجهين: فإن كان الوفاء في تركة المطلوب، والطالب اختار إتباع تركة المطلوب، يأخذ تمام حقه ألف درهم؛ لأن الطالب استوفى تمام حقه من تركة المطلوب، فلم يبق له في تركة الكفيل حق، وكانت تركة الكفيل خالص حق غريمه هذا إذا كان الوفاء في تركة المطلوب ولا وفاء في تركة الكفيل، واختار الطالب إتباع تركة المطلوب، فأما إذا اختار الطالب إتباع تركة الكفيل، فإنه يقسم تركة الكفيل بين الطالب وبين غريم الكفيل نصفان لكل واحد خمسمائة؛ لأن دينهما سواء؛ لأن دين كل واحد منهما ألف درهم، فيقسم

تركته بينهما بالسوية لكل واحد منهما خمسمائة، فبقي حق الطالب في خمسمائة أيضاً، فيبعد هذا الطالب وورثة الكفيل يتبعان تركة المطلوب، فيأخذ الطالب ما بقي من حقه وذلك خمسمائة، ويأخذ ورثة الكفيل خمسمائة؛ لأنهم أدوا ذلك المال عن المطلوب بأمره، ثم لا يسلم لورثة الكفيل ما أخذوا من تركة المطلوب؛ لأن هذا مال الكفيل؛ وقد بقي من دين الكفيل خمسمائة، فيأخذ غريم الكفيل ذلك، ولا يحتاج إلى نقض شيء مما ذكرنا من الأعمال؛ لأنه لم يظهر خطأ في شيء منهما؛ لأنا قسمنا تركة الكفيل نصفين، وإنه كذلك ينبغي؛ لأنه لم يظهر في الأخرة غريم ثالث للكفيل، ودفعنا إلى الطالب تمام حقه ألف درهم نصفها من تركة الكفيل، ونصفها من تركة المطلوب، وإنه كذلك ينبغي أيضاً؛ لما ذكرنا أنهم أدوا ذلك عنه بأمره، ولم يظهر الخطأ في شيء مما فعلنا، فلا حاجة بنا إلى نقض شيء مما فعلنا لهذا.

هذا إذا كان الوفاء في تركة المطلوب، ولا وفاء في تركة الكفيل، أما إذا كان الوفاء في تركة الكفيل، ولا وفاء في تركة المطلوب، فهو على وجهين: فإن اختار الطالب إتباع تركة المطلوب قسم تركته بين الطالب وبين غريم المطلوب نصفان؛ لأن دينهما سواء، فيقسم تركته، وهي ألف درهم بينهما نصفان، لكل واحد منهما خمسمائة بقي حق الطالب في خمسمائة، وحق غريم المطلوب في خمسمائة، ثم يرجع الطالب في تركة الكفيل بما بقي من حقه، وذلك خمسمائة، وغريم الكفيل يأخذ من تركته تمام حقه ألف درهم بقي لورثته في مائة خمسمائة؛ لأنه ترك ألفي درهم، وقد أخذ الطالب خمسمائة، وأخذ غريم الكفيل ألف درهم بقي خمسمائة لا حق لأحد فيها غير الورثة، فسلم لورثته الخمس مائة الباقية، ثم قال: وليس لورثته أن يرجعوا في تركة المطلوب بالخمسمائة التي أخذها الطالب من تركة المطلوب [أن ينقضوا القسمة التي جرت بينهما فيشركه المطلوب][1]، وأن يقولوا: ظهر الخطأ في قسمة التركة؛ لأن التركة التي للمطلوب قسمت بين غريم الطالب وغريم المطلوب، وقد ظهر غرماء المطلوب ثلاثة الطالب، وغريم المطلوب ونحن؛ لأنا أدينا خمسمائة من مال مورثنا بأمره، فيجب أن ينقض تلك القسمة حتى يكون ضرر النقصان على الكل؛ لأن من حجة غريم المطلوب أن يقول: لم يظهر الخطأ في القسمة، وإنما يظهر الخطأ في القسمة إذا ظهر أن وقت القسمة غرماء المطلوب

---

[1] زيد من م وم.

كانوا ثلاثة ، ونحن قسمنا بين غريمين ، ولم يظهر كذلك في مسألتنا ؛ لأن حال ما قسمنا التركة لم يكن للمطلوب إلا غريمان ، الطالب وغريم المطلوب ، وورثة الكفيل لم يكونوا غرماء المطلوب في ذلك الوقت ، وإنما صاروا غرماء المطلوب بعد القسمة ؛ لأن حق ورثة الكفيل في تركته لا يثبت بنفس الكفالة ، وإنما يثبت بالأداء ، فإن ورثة الكفيل ما لم يؤدوا ذلك ، لا يثبت لهم حق الرجوع ، والأداء وجد بعد القسمة غير مستند إلى وقت الكفالة ؛ لأن الأداء لا يوجد حكماً للكفالة حتى يستند إليها ، وإنما يوجد بفعل اختياري يمكن إضافة الوجوب إليه ، فإن الأداء يصلح سبباً للوجوب كما أمره بقضاء دينه لا غيره ، وإذا أمكن إضافة الوجوب إلى حالة الأداء اقتصر الوجوب على حال وجوب الأداء ؛ لا على حال الكفالة ، فصار وارث الكفيل غريماً بنفس الأداء لا بنفس الكفالة ، فلم يظهر الخطأ في القسمة ؛ لأن حين ما قسمنا تركة المطلوب بينهما ما كان الغرماء ثلاثة ، بل كان اثنين ، وإنما حدث ثالث بعد القسمة بأمر حادث بعد القسمة مقصوراً على ما بعد القسمة ، وبمثله لا ينقض ما مضى من القسمة .

وهو نظير ما قلنا . في رجل مات ، وترك ألف درهم ، وعليه دين ألف درهم لرجل ودين ألف درهم لرجل آخر ، فيقسم الألف بينهما أثلاثاً ، ثم لو أن صاحب الألفين أبرأ الميت عن ألف درهم ، فإن تلك القسمة لا ينقض ، وليس لصاحب الألف أن يحتج ، ويقول : إنا أخطأنا في تلك القسمة ؛ لأن قسمنا التركة أثلاثاً على أن حقك ألفي درهم وهو ألف درهم ، ولما أبرأته عن الألف صار حقك في ألف درهم ، فيجب أن ينقض تلك القسمة ، ويقسم ذلك نصفين ؛ لأن من حجة صاحب الألفين أن يقول : ما أخطأنا في تلك القسمة ؛ لأن الخطأ إنما يظهر فيها أن لو كنا قسمنا أثلاثاً ، ومن حقنا أن نقسم بالسوية ، ولم يظهر كذلك ؛ لأن بالإبراء لم يظهر أن حق صاحب الألفين وقت القسمة كان في ألف درهم ، بل كان في ألفي درهم ، وإنما يصير حقه في ألف درهم بسبب حادث بعد القسمة ، وهو الإبراء مقصوراً على حالة الإبراء ، إذ الإبراء لا يستند ، فكذا حكمه ، وهو البراءة إلى ما قبل القسمة لم يظهر الخطأ في القسمة ، فلم يجب إعادتها ، فكذا ههنا وارث الكفيل ، إنما صار غريماً للمطلوب بعد القسمة بسبب مقصور على ما بعد القسمة ، فلا يظهر الخطأ بعد القسمة ، لا يجب نقضها

فإن قيل . هذا الكلام إنما يستقيم أن لو كان ورثة الكفيل مختارين في أداء ما وصل

إليهم من التركة من أيديهم بحكم الكفالة حتى يقتصر الأداء على وجوده، ولا يستند إلى ما قبل القسمة، وهو حالة الكفالة، أما إذا أجبرهم القاضي على أداء ذلك كان الأداء مستندًا إلى سببه، وهو الكفالة، ولهذا تشارك(١) ورثة الكفيل غرماء الصحة؛ لأن سببه وهو الكفالة كان في حالة الصحة، فظهر أنا قسمنا تركة المطلوب بين الغريمين، والغرماء ثلاثة، فظهر الخطأ في القسمة، فيجب نقضها.

والجواب: لا يمكن القول بإسناد الأداء إلى ما قبل القسمة، وهو حالة الكفالة؛ لأن الأداء حالة بانفرادها ليست بسبب الرجوع بدون الأداء، فإنه لو كفل بالألف بأمره؛ لا يرجع على المكفول عنه بشيء ما لم يوجد أداء ما كفل به عنه كلاً أو بعضًا، وكذا الأداء بانفراده ليس بسبب الرجوع دون الكفالة، أو بدون ما يقوم مقامهما وهو الأمر بالأداء، أما إذا ثبت أن كل واحد منهما ليست بسبب بانفراده ما لم ينضم إليه الآخر علم أن السبب كلاهما والأداء آخرهما، فيحال الرجوع إلى الأداء، والأداء وجد بعد القسمة، فيقتصر الأداء على حال وجوده، وهو حال ما بعد القسمة، فلا يوجب انتقاض القسمة، ولو قلنا: إن الأداء يستند إلى حالة الكفالة، فالتقصي عنه سهل؛ لأن الأصل في المستندات الثبوت إلى وقت السبب في حق بعض الأحكام دون البعض، ألا ترى أنه لو باع من آخر جارية على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام، فأعتق المشتري الجارية في مدة الخيار، ثم أجاز البائع البيع، فالملك لا يظهر في حق عتق المشتري من وقت البيع حتى لا ينفذ عتقه من ذلك الوقت، ويظهر في حق إكسابه حتى لو اكتسبت الجارية اكتسابًا في مدة الخيار، فالاكتساب يكون للمشتري، وإذا ثبت أن أصل الثبوت إلى وقت السبب في حق بعض الأحكام دون البعض اعتبر الأداء غير مستند في حق نقض القسمة حتى لا يؤدي إلى الدور.

٢٤١١٣ هذا إذا كان الوفاء في تركة الكفيل دون تركة المطلوب واختار الطالب إتباع تركة المطلوب، أما إذا اختار إتباع تركة الكفيل في هذه الصورة فالطالب يأخذ تمام حقه من تركة الكفيل بألف درهم، وغريم الكفيل يأخذ تمام حقه ألف درهم، ثم يرجع ورثة الكفيل في تركة المطلوب بألف درهم، وغريم المطلوب يرجع في تركته أيضًا بألف

(١) في م ف: تشارك.

درهم ، وتركة المطلوب ألف درهم ، فيقسم تركة المطلوب بينهما نصفان ، بقي حق غريم المطلوب في خمسمائة درهم ، ولا ينقض واحدة منهما ؛ لأنه لم يظهر خطأ في واحدة ، فإن أعطينا الطالب من تركة الكفيل ألف درهم ، وأعطينا غريم الكفيل من تركة الكفيل ألف درهم . وهكذا ينبغي لأنه اجتمع في تركة الكفيل ألف درهم ألف درهم للطالب بحكم الكفالة ، وألف درهم لغريم الكفيل بحكم المداينة ، وفي تركة الكفيل وفاء بهما ، فلم يظهر الخطأ فيما فعلنا ، وقسمنا تركة المطلوب بين غريمه وبين ورثة الكفيل نصفان ، وهكذا كان ينبغي ؛ لأنه اجتمع في تركته ألف درهم ، ألف درهم لورثة الكفيل ، وألف درهم لغريم المطلوب ، فيكون تركته بينهما نصفان ، فلم يظهر الخطأ فيما فعلنا ، فلا ننقض واحدة منهما .

٢١١٢٤ - هذا الذي ذكرنا إذا كان في تركة كل واحد منهما وفاء بالدينين ، أو كان في تركة أحدهما وفاء بالدينين ، فأما إذا لم يكن كذلك بأن كان تركة كل واحد منهما ألف درهم ، وعلى كل واحد منهما ألف درهم دين ؛ للطالب ألف ، وللآخر ألف ، فالطالب بالخيار ، فإن اختار اتباع تركة المطلوب يقسم تركته بين الطالب ، وبين غريم المطلوب نصفان ، بقي إلى تمام حق كل واحد منهما خمسمائة ، فيرجع الطالب بما بقي من تمام حقه في تركة الكفيل ، وذلك خمسمائة ، ولغريم الكفيل ألف درهم عليه ، وتركته ألف درهم ، فيقسم تركة الكفيل أثلاثا ، ثلثه للطالب ، وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، وثلثاه لغريم الكفيل ، وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان ، فإن قيل : ينبغي لورثة الكفيل أن يرجعوا بما أدوا ، أو أن ينقضوا القسمة الأولى . وأن يقولوا : ظهر الخطأ في القسمة ؛ لأنا قسمنا تركة المطلوب بين غريمين ، وقد ظهر له غريم ثالث وهو محسن(١) ، فإنه قد أدى عنه بأمره ، قلنا : لم يكن لهم حق نقض تلك القسمة ؛ لما ذكرنا قبل هذا أن ورثة الكفيل إنما صاروا غرماء للمطلوب بعد القسمة بسبب حادث بعد القسمة ، ومثله لا ينقض القسمة . فإن اختار الطالب اتباع تركة الكفيل يقسم تركته بين الطالب وغريم الكفيل نصفان ، بقي حق الطالب في خمسمائة ، فيرجع بذلك في تركة المطلوب ، ويرجع ورثة الكفيل في تركة المطلوب بخمسمائة ؛ لأنهم أدوا عنه خمسمائة ، ولغريم المطلوب في تركة المطلوب ألف درهم ، فيجعل كل خمسمائة سهما ، فيصير حق الطالب سهما ،

(١) هكذا في م ، وكذا في الأصل : نحن

وحق ورثة الكفيل سهمان ، وحق غريم المطلوب سهمين ، فجملة ذلك أربعة أسهم ، يقسم
تركة المطلوب ، وذلك ألف على أربعة أسهم ، كل سهم مائتان وخمسون سهماً ، سهمان
منها وذلك خمسمائة لغريم المطلوب ، وسهم منها وذلك مائتان وخمسون للطالب ،
والسهم الباقي لورثة الكفيل ، ثم ما أخذ ورثة الكفيل لا يسلم لهم ؛ لأنه مال الكفيل ،
وعليه دين مقدار سبعمائة وخمسين لغريم الكفيل خمسمائة ، وللطالب مائتان وخمسون ،
فيجعل كل مائتين وخمسين منه سهماً ، فيصير حق الطالب سهماً وحق غريم الكفيل
سهمين ، فنجعله ثلاثة أسهم فيقسم ما وصل إلى ورثة الكفيل ، وذلك مائتان وخمسون
على ثلاثة أسهم ، لغريم الكفيل سهمان من ثلاثة وذلك مائة وستة وستون وثلثان ،
وللطالب سهم من ذلك ، وذلك ثلاثة وثمانون[1] وثلث ، وليس لورثة الكفيل أن ينقضوا
قسمة تركة المطلوب التي جرت بين الطالب وبين غريم المطلوب ، وورثة الكفيل ، وإن
قالوا : جرت في تلك القسمة بخمسمائة وظهر أن حقنا في تركته في خمسمائة وثلث
المائتين والخمسين ثلاثة وثمانين وثلث ، فظهر الخطأ في القسمة ، فنحن ننقضها لم يكن
لهم ذلك ؛ لأن قدر ثلث المائتين والخمسين إنما وجب لهم بعد القسمة بسبب حادث بعد
القسمة مقصوراً على ما بعد القسمة ، وفي مثله لا ينقض على ما مر .

كان الفقيه أبو علي الخوارزمي رحمه الله مقدماً في علم الحساب ، وكان مقدماً في
الفقه ، وقد قيل : كان قاضياً ببلخ مدة مقامه ثمة ، وكان الفقيه أبو جعفر كان يأخذ منه
الحساب بواسطة أن كان يبعث واحداً من أصحابه حتى يأخذ عنه شيئاً من الحساب ويلقنه
ما يلقن ، فقال : إن محمداً غلط في هذه الصورة فيما تقدم من الصور ، فإنه لم يثبت
لورثة الكفيل حق نقض القسمة في تركة المطلوب حتى لا يقع الدور ، وكان ينبغي أن
يثبت لهم حق نقض قسمة تركته لوجود دليله ، فيظهر الدور ، ثم يطرح سهم الدور من
حيث يقع الدور ؛ لأن سهم الدور ساقط ، وهكذا كان يعمل في سائر الكتب

بيان وجود دليل نقض القسمة في هذه الصورة أن ورثة الكفيل يقولون : جرت في
تركة المطلوب بخمسمائة ، وقد ظهر أنه حقنا في خمسمائة وثلث مائتين وخمسين ديناً
لنا في تركة المطلوب بسبب وجد منه حال حياته ، وهو أمره إيانا بالكفالة عنه ، والكفالة

(١) هكذا في ب ، م ، وكان في الأصل ثمانون

وجدت في حال حياته. وإن كان الأداء وجد في الحال بفعل فاعل مختار لا حكماً للكفالة. وعلى هذا لو حفر بئراً على قارعة الطريق، ومات الحافر فوقع فيه دابة رجل، وقد كانت قسمت التركة بالحصص، فإنه ينقض القسمة، وإن حصل التلف بمشي الماشي عن اختياره لا حكماً للحفر؛ لأن مشيه إنما يصير علة للتلف بسبب الحفر، والحفر وجد في حال حياته، فصار كدين واجب في حال حياته، فظهر أنا قسمنا تركة الحافر بين غريمين دون ثالث، وفي تركته غريم آخر يجب تقديمه، كذا ههنا يجب نقض قسمة تركة المطلوب حتى يضرب ورثة الكفيل في تركة المطلوب بخمسمائة وثلث مائتين وخمسين ويضرب الطالب بخمسمائة، ثم لا يسلم لورثة الكفيل ما أخذوا من تركة المطلوب، بل يكون بين الطالب، وغرماء المطلوب على قدر حقهم، فإذا أخذ الطالب من ذلك شيئاً يثبت لورثة الكفيل حق الرجوع بذلك في تركة المطلوب فلا يزال يدور هكذا، ثم يطلب من أين يقع الدور فيطرح منه سهم الدور؛ لأن سهم الدور ساقط، فقد أخطأ محمد رحمه الله في هذه المسألة من هذا الوجه، وترك أصله فيها.

والجواب عن الطعن أن نقول: إنما لم يشتغل محمد رحمه الله ببيان الدور في هذه المسألة؛ لأنه لم يحتج إليه؛ لأن الدور إنما يحتاج إليه إذا وجب نقض قسمة المطلوب بعد ما ثبت حق الرجوع لورثة الكفيل بثلث مائتين وخمسين، ولم يجب نقض القسمة؛ لأنه لم يظهر خطأنا في القسمة؛ لأن ورثة الكفيل إنما صار غريماً بسبب حادث غير مستند إلى ما قبلها من الوجه الذي ذكرنا، وقد ذكرنا أن نقض القسمة في مثل هذا لا يجب، وإذا لم يجب نقضها لم يقع الدور. وليس كمسألة الحافر؛ لأن هناك التلف وإن حصل بمشي ماشٍ، وإنه حصل عن اختياره لا حكماً للحفر إلا أنه تعذر إحالة التلف على مشي الماشي؛ لأن المشي مباح للماشي إذا لم يعلم بذلك، فاضطررنا إلى أن نضيف التلف إلى الحفر، وإذا أضيف إلى الحفر للضرورة التي قلنا ظهر أنا أخطأنا فيما قسمنا؛ لأنا قسمنا بين غريمين، وقد ظهر أن وقت القسمة كان غريم ثالث، فأما ورثة الكفيل فلم يكونوا غرماء المطلوب وقت القسمة، وإنما صاروا غرماء لا بالكفالة السابقة، والأداء وجد بعد القسمة غير مستند إلى ما قبلها؛ لأنه وجد بفعل مختار لا حكماً للكفالة. وقد أمكننا إحالة الوجوب إلى الأداء، فيصير ورثة الكفيل غرماء مقصوراً على حالة الأداء، فلم

كتاب الفرائض

٦١١٢٥ هذا الكتاب يشتمل على خمسة وأربعين فصلا

الفصل في فضيلة الفرائض

الفصل في بيان من يورث عنه، ومن لا يورث عنه

الفصل في بيان ما يجري فيه الإرث

الفصل في بيان الوقت الذي يجري فيه الإرث

الفصل في بيان من يستحق الإرث ويحرم عنه

الفصل في الحقوق إذا اجتمعت، الفصل في بيان أصناف الورثة

الفصل في بيان ترتيب الورثة

الفصل في بيان السهام المقدرة وبيان مستحقيها، وإنه يشتمل على اثني عشر فصلا

الفصل في بيان العصبات

الفصل في بنت الابن

الفصل في الأم

الفصل في الجدات

الفصل في الأخت لأب وأم

الفصل في الأخت لأب

الفصل في الأخت لأم

الفصل الأول

في فضيلة تعلم الفرائض

٢١١٢٦- اعلم أن طلب العلم في الجملة مأمور به، قال النبي عليه السلام: «اطلبوا العلم ولو بالصين»[١]، وقال عليه السلام: «طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة»[٢] لا سيما علم الفرائض، فإن النبي عليه السلام خصه بالأمر بالتحصيل، وبيانه فيما روى جبير بن نفير عن رسول الله ﷺ أنه قال: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإنها أول ما ينسى»، وفي حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «تعلموا الفرائض»[٣] فإنها نصف العلم»، وكتب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري: إذا تحدثتم فتحدثوا بالفرائض.

واختلف العلماء أن رسول الله ﷺ لماذا سمى الفرائض نصف العلم في حديث عائشة رضي الله عنها، بعضهم قالوا: لأن للآدمي له حالتان، حالة الحياة وحالة الممات، فحالة الحياة نصف وحالة الممات نصف، وسائر العلوم يحتاج إليها في حالة الحياة، والفرائض

---

(١) أخرجه البزار في مسنده ١/١٧٥ (٩٥) والبيهقي في شعب الإيمان ٢/٢٥٣ (١٦٦٣)، وذكره المناوي في فيض القدير ١/٥٤٢ و٥٤٣، وذكره الذهبي في ميزان الاعتدال ١/٢١٥ و٣/٤٥٩ وابن حجر في لسان الميزان ١/٢٣، ١٩٣، ٦/٣٠٤.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه ١/٨١ (٢٢٤) والبزار في مسنده ١/١٧٢ (٩٤) والطبراني في الأوسط ١/٨ (٩) ٢/٢٨٩ و٢٩٧، ٣/٥٧ (٢٤٦٢) ٤/٦ ٥/٢٤٦ (٥٩٨٠) ٨/١٩٥، ٢١٨، أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ١/٣٩ (٣٣) ١/٥٨ (٦٤) وأبو يعلى في مسنده ٥/٢٢٣ (٢٨٣٧) والطبراني في الكبير ١٠/١٩٥ (١٠٤٣٩) والبيهقي في شعب الإيمان ٢/٢٥٣ و٢٥٤، ولم أجد أحداً ممن خرج هذا الحديث من المذكورين قد ذكر كلمة «ومسلمة»، فإنها موضوعة ملحقة.

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك ٤/٣٦٩ (٧٩٤٨) وابن ماجه في سننه ٢/٩٠٨ (٢٧١٩) والدارمي أيضاً في سننه ١/٨٣ (٢٢١) ١/٤١١ (١٨٥٠) ٢/٤٤٣ (٢٨٥٦) والدارقطني أيضاً في سننه ٤/٦٧ (١) والبيهقي في الكبرى ٦/٢٠٨ و٢٠٩ (١١٩٥٥ و١١٩٥٦) وأبو عثمان الخراساني في كتاب السنن ١/٣ (٤٣) و٤٤ (٤١) وابن أبي شيبة في مصنفه ٦/٢٣٩ (٣١٠٣٤) والطبراني في الكبير ٩/١٨٨ (٨٩٣٨) وفي الأوسط أيضاً ٥/٢٧٢ (٥٢٩٣).

يحتاج إليها بعد الموت، فسمي الفرائض نصفًا لهذا، وقيل: إنما سماه نصفًا؛ لأن الأسباب التي يقع بها الملك نوعان: مكتسب كالهبة والوصية والبيع، وغير ذلك، وغير مكتسب كالإرث، فالمكتسب نصف وغير المكتسب نصف، فسماها نصفًا لهذا

بعد هذا الكلام في فصول: أحدهما: أن محمدًا لماذا سمي هذا الكتاب فرائض، ولم يسمه كتاب المواريث كما هو حقيقة؟ قيل: اقتداء بكتاب الله تعالى، فإن الله تعالى قال في آخر آية من آيات المواريث: ﴿فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ﴾[1]، وقيل: اقتداء برسول الله ﷺ، فإنه ﷺ سماها فرائض في الأحاديث الذي رويناه، وقيل: لأن الفرائض عبارة من التقدير، قال الله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[2] أي قدرتم، وسهام المواريث كلها مقدرة.

(١) سورة النساء: الآية ١١.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٣٧.

الفصل الثاني

في بيان من يورث عنه ومن لا يورث عنه

٢١١٢٧- المنقـــول من المشـــايخ أن كل من يرث، يورث عنه، ومن لا يرث؛ يورث عنه ولكن هذا الحد غير غالب مطرد، فالمرتد لا يرث من أحد ويورث عنه ويرثه المسلمون والجنين يرث، ويظهر حكمه بعد الانفصـــال على ما يأتي بيانه بعد هذا، ولا يورث عنه وإن الأنبياء عليهم السلام كانوا لا يرثون من أحد، وكان لا يرث أحد منهم؛ والذي روي أن رسول الله ﷺ ورث مال خديجة لا يصح، وإنما الصحيح أن خديجة رضي الله عنها وهبت جميع مالها لرسول الله ﷺ وفي حياتها وصحتها.

الفصل الرابع
في بيان الوقت الذي يجري فيه الإرث

٢١١٢٩- هذا الفصل اختلف فيه المشايخ، قال مشايخ العراق: الإرث يجري في آخر جزء من أجزاء حياة المورث، وقال مشايخ بلخ: الإرث يجري بعد موت المورث، وجه قول مشايخ بلخ: إن المورث مادام حيًا، فهو مالك جميع أمواله من كل وجه، فلو ملكه الوارث في هذه الحالة أدى إلى أن يصير الشيء الواحد مملوكًا لشخصين لكل واحد على الكمال في حالة واحدة، وهذا أمر يدفعه المعقول، وجه قول مشايخ العراق: إن الإرث انتقال مال المورث إلى الوارث، وبموت الوارث زال ملكه، فما ذا ينقل[1] إلى الوارث، والدليل عليه أن الإرث يجري بين الزوج والزوجة بلا خلاف، فبأي سبب يجري الإرث بينهما، وفائدة هذا الاختلاف إنما يظهر في رجل تزوج بأمة لغيره، ثم قال لها: إذا مات مولاك، فأنت حرة، فمات المولى والزوج وارثه، هل تعتق؟ فعلى قول من يقول: بأن الإرث يجري في آخر جزء من أجزاء الحياة يعتق؛ لأن العتق أضيف إلى ما بعد ثبوت ملك الوارث، فيصح، وعلى قول من يقول: بأن الإرث يجري بعد الموت لا يعتق؛ لأنه بموت يزول ملك المورث، ثم يثبت للوارث بعد موت المورث مضافًا إلى زمان ملك الوارث، فلا يصح، وذكر هذه المسألة في القدوري، وذكر أن على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يعتق، وعلى قول زفر: يعتق.

---

(١) وفي ب: هذا لا ينقل.

الفصل الخامس

في بيان ما يستحق بالإرث ويحرم عنه

٣٦١١٣ - فنقول: ما يستحق به الإرث شيئان: النسب والسبب، فالمتصل بالنسب على ثلاثة أنواع: المتصل به: وهم الأولاد، والمتصل إليه: وهم الآباء والأمهات، والمتصل إليهم: وهم الإخوة والأخوات والأعمام والعمات، وغير ذلك، والسبب ضربان: زوجية وولاء، والولاء نوعان: ولاء عتاقة، وولاء موالاة، ومن النوعين من الولاء يرث الأعلى من الأسفل، ولا يرث الأسفل من الأعلى، هذا بيان جملة ما يستحق به الإرث، جئنا إلى بيان ما يحرم عن الإرث، فنقول: ما يحرم به عن الميراث الرق حتى إن العبد لا يرث من الحر، والحر لا يرث من العبد، وسيأتي بعض هذه المسائل بعد هذا -إن شاء الله تعالى- والقتل مباشرة بغير حق، ففي القتل يشترط لحرمان الميراث ثلاثة أشياء: أحدها: المباشرة سواء كان عمداً أو خطأً، الشرط الثاني: أن يكون القتل بغير حق، فالقتل بحق لا يوجب حرمان الميراث، الشرط الثالث: أن يكون المباشر مخاطَبًا، وسيأتي الكلام في فصل القتل بعد هذا -إن شاء الله تعالى- وكذلك اختلاف الدارين سبب حرمان الإرث؛ لأن الميراث إنما يستحق بالنصرة، ولا ينصر أحدهما لصاحبه، ولكن هذا الحكم في حق أهل الكفر لا في حق المسلمين حتى إن المسلم إذا مات في دار الإسلام، وله ابن مسلم في دار العهد أو في دار الشرك يرث منه، وكذلك الدين سبب لحرمان الإرث، قال الله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾(١)، وهذا إذا كان الدين مستغرقًا، أما إذا كان غير مستغرق، فالقياس أن يوجب حرمان الميراث، وفي الاستحسان: لا يوجب، وقيل: البعد سبب لحرمان الإرث أيضًا، حتى لا يرث البعيد مع القريب، إذ لو ورث ورث جميع أهل العالم من بيت واحد، وإنه محال -والله أعلم-.

---

(١) سورة النساء، الآية ١١.

الفصل السابع
في بيان أصناف الورثة

٣٢١١٣ - فنقول: أصناف الورثة ثلاثة: أصحاب الفرائض، والعصبات، وذوو الأرحام، فأصحاب الفرائض من لهم سهام مقدرة بأصل من أصول الشريعة، إما الكتاب، أو السنة، أو الإجماع ذكراً كان أو أنثى، والعصبات من ليس لهم سهام مقدرة يستحقون جميع المال، إذا لم يكن ثمة أصحاب الفرائض، فهم في الخاص صنفان أحدهما: من جهة النسب، والآخر: من جهة السبب، وسيأتي بيان ذلك في فصل العصبات، وذوو الأرحام من لا فرض لهم من الورثة، ولا تعصيب، والحكم فيه أنه إذا تفرد واحد منهم يستحق جميع المال ذكراً كان أو أنثى، وفي الخاص هم أصناف، وسيأتي بيان ذلك في فصل ذوي الأرحام

الفصل الثامن

في بيان ترتيب الورثة

٢١٣٣ - فيبدأ أولاً من تركة الميت بأصحاب الفرائض، ثم العصبات من جهة النسب، ثم مولى العتاقة، ثم الرد على ذوي السهام، ثم ذوي الأرحام، ثم مولى الموالاة، ثم المقر له بالنسب على الغير بحيث لا يثبت نسبه من ذلك الغير، إذا مات المقر مصراً على إقراره دون أن يرجع عنه، أو ما أشبه ذلك، ثم الموصى له بجميع المال، ثم بيت المال.

الفصل التاسع

في بيان السهام المقدرة وبيان مستحقيها

٢١١٣٤ - ولنبتدئ على الأصول فنقول: السهام المقدرة ستة: نصف وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس. والمستحقون لهذه السهام اثنا عشر نفراً من الورثة: ثمان من النساء، وسبع منهن بالنسب، وهن بنات الصلب، وبنات الابن، والأم، والجدة، والأخت لأب وأم، والأخت لأب، والأخت لأم، وواحدة بالسبب وهي امرأة الميت. وأربع من الرجال، ثلاثة منهم بالنسب، وهم الأب والجد أب الأب، والأخ لأم، وواحد بالسبب، وهو الزوج. ثم أن الستة من هؤلاء فرض لهم لا غير، وهم الزوج والزوجة والأم والجدة والأخ لأم والأخت لأم، وستة لهم حالان: حالة فرض وتعصيب، وهم الأب والجد أب الأب والبنت وبنت الابن والأخت لأب وأم، والأخت لأب.

الفصل العاشر
في بنات الصلب

٢١١٣٥ - ثم بنات الصلب سهم وعصبة، إذا لم يكن معهن ابن فهن صاحبات سهم، وسهم الواحدة منهن النصف وسهم المثنى فصاعدا الثلثان لا يزاد على ذلك وإن كثرن، هذا هو قول عامة الصحابة وعامة الفقهاء، وإن كان معهن ابن، فإنها تصير عصبة به، ويسقط اعتبار النصف والثلثين، ويقسم المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان البنت مع ابن ابنه، فللابنة النصف، والباقي لابن الابن - والله أعلم.

الفصل الحادي عشر

في بنات الابن

٢١١٣٦ - لهن حالان : سهم وتعصيب إذا لم يكن ابن ولا بنتان فصاعداً ، ولا ابن ابن ، فهي صاحبة سهم ، وسهم الواحدة النصف ، وسهم اثنتين فصاعداً الثلثان مما ترك إذا كن في درجة واحدة ، ولا يزاد على الثلثين وإن كثرن ، هذا قول عامة الصحابة وعامة الفقهاء ، وإن كان للميت ابن ، فلا شيء لبنت الابن ، وكذلك إذا كان للميت بنتان ، فلا شيء لبنت الابن إلا أن يكون في درجتها ، أو أسفل منها ذكر ، فيصير عصبة ، ويقسم ما بقي من بعد نصيب الابنتين بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن كان للميت بنت واحدة وبنت ابن فللابنة النصف ولابنة الابن السدس تكملة للثلثين ، وإن كان للميت ابن ابن وابن ابن ، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن كان له بنات ابن بعضهن أسفل من بعض ، فإن كان في الدرجة الأولى ابنتان فصاعداً ، ولم يكن بدرجتهن ذكر ، فلهن الثلثان ، وسقطت الباقيات إلا إذا كان مع الواحدة من الباقيات ذكر ، ولو كان في الدرجة الأولى واحدة ، ولم يكن بدرجتهما ذكر استحقت هي النصف ، والتي تليها السدس تكملة للثلثين ، وسقطت الباقيات إلا إذا كان مع الواحدة من الباقيات ذكر ، فحينئذ صارت التي معها ذكر ، والتي فوقها عصبة ، ويقسم الباقي بعد نصيب البنتين في الدرجة الأولى ، وبعد نصيب الواحدة التي هي من الدرجة الأولى ، والتي تليها بينهما ، ومن فوقها للذكر مثل حظ الأنثيين .

٢١١٣٧ - بيان هذا من المسائل : إذا هلك الرجل ، وترك ابنتي ابن وابنة ابن ابن وابنة ابن ابن ابن وابنة ابن ابن ابن ابن ، فلبنتي الابن ثلثا المال ، وسقط الباقيات إلا إذا كان مع الواحدة من الباقيات ذكر ، فحينئذ صارت التي معها ذكر ، والتي فوقها عصبة ، وسقطت الباقيات حتى إذا كان الذكر مع ابنة ابن ابن ابن صارت هي ، والتي فوقها وهي ابنة الابن عصبة يقسم ما بقي بعد نصيب ابنتي الابن بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وسقطت ابنة ابن ابن ابن ابن ، ولو كان في الدرجة الأولى ابنة واحدة بأن ترك ابنة ابن ،

والباقي بحاله ، فابنت الابن نصف الثلث، والتي تليها وهي بنت ابن الابن السدس تكملة للثلثين، وسقطت الباقيات إلا إذا كان مع الواحدة من الباقيات ذكر، فحينئذ صارت التي معها ذكر، والتي فوقها عصبة إلا أن التي معها ذكر تصير عصبة به لا محالة، والتي فوقها إنما تصير عصبة إذا لم يصل إليها فرضها، أما إذا وصل إليها فرضها: فلا، حتى إذ في المسألة الأولى حكم العصوبة لا تثبت لبنتي الابن بذكر مع الواحدة من الباقيات؛ لأنه وصل إليها فرضها، وفي المسألة الثانية: حكم العصوبة لا تثبت لبنت الابن ولبنت ابن الابن بذكر مع واحدة من الباقيات؛ لأنه وصل إليهما فرضهما

٢١١٦٣٨-ولو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن بعضهن أسفل من بعض، وثلاث بنات ابن ابن ابن بعضهن أسفل من بعض، فالعليا من الفريق الأول يكون بنت ابن الميت، والوسطى من الفريق الأول يكون بنت ابن ابن الميت، والسفلى من الفريق الأول يكون بنت ابن ابن ابن الميت لمتى الابن، والعليا من الفريق الثاني يكون بنت ابن ابن ابن الميت، والوسطى من الفريق الثاني يكون بنت ابن ابن ابن الميت، والسفلى من الفريق الثاني يكون بنت ابن ابن ابن ابن الميت، والعليا من الفريق الثالث يكون بنت ابن ابن ابن الميت، والوسطى من الفريق الثالث يكون بنت ابن ابن ابن الميت، والعليا من الفريق الثالث يكون بنت ابن ابن ابن ابن الميت، صورة الفريق الأول بنت ابن بنت ابن ابن ابن، صورة الفريق الثاني بنت ابن ابن بنت ابن ابن ابن بنت ابن ابن ابن، صورة الفريق الثالث بنت ابن ابن ابن بنت ابن ابن ابن، إذا عرفنا صورة المسألة فنقول: العليا من الفريق الثاني والسفلى من الأول لا يوازيها أحد والوسطى من الفريق الأول يوازيها العليا من الفريق الثاني، والسفلى من الفريق الأول يوازيها الوسطى من الفريق الثاني، والعليا من الفريق الثالث، والعليا من الفريق الثاني يوازيها الوسطى من الفريق الأول، والوسطى من الفريق الثاني يوازيها العليا من الفريق الثالث، والسفلى من الفريق الأول، والسفلى من الفريق الثاني يوازيها الوسطى من الفريق الثالث يوازيها الوسطى من الفريق الثاني، والسفلى من الفريق الأول، والوسطى من الفريق الثالث يوازيها السفلى من الفريق الثاني، والسفلى من الفريق الثالث لا يوازيها أحد.

جئنا إلى بيان حكم المسألة، فنقول: العليا من الفريق الأول النصف، والوسطى

من الفريق الأول، والعليا من الفريق الثاني تكملة للثلثين، وسقطت الباقيات، وإن سفلت العليا من الفريق الأول، فللوسطى من الفريق الأول، والعليا من الفريق الثاني الثلثان عند عامة الصحابة، وسقطت الباقيات، فإن سفلت الوسطى من الفريق الأول أيضًا، فللعليا من الفريق الثاني النصف، وللسفلى من الفريق الأول، والوسطى من الفريق الثاني، والعليا من الفريق الثالث السدس تكملة للثلثين، وسقطت الباقيات، فإن سفلت العليا من الفريق الثاني أيضًا، فللسفلى من الفريق الأول، والوسطى من الفريق الثاني، والعليا من الفريق الثالث الثلثان بالاتفاق، وسقطت الباقيات، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسألة.

وفريضة الواحدة منهن السدس، وإذا كثرن وهن متحاذيات، فالسدس بينهن بالسوية، هذا قول عامة الصحابة وعامة الفقهاء، وقال عبد الله بن عباس: فريضة الجدات السدس في حال ما يكون فريضة الأم السدس، وفريضة الجدات الثلث في حال ما يكون فريضة الأم الثلث.

٢١١٤٣- وإن كان للميت جدة من جهة واحدة وجدة من جهتين أو ثلاث جهات، قال أبو يوسف رحمه الله: لا عبرة لكثرة الجهات، والسدس بينهن بالسوية، وقال محمد رحمه الله: لكثرة الجهات عبرة، والسدس بينهن على عدد الجهات، وصورة الجدة من جهتين: امرأة زوجت ابنة ابنتها من ابن ابنها، فولدت بينهما غلاما، فهذه المرأة لهذا الغلام جدة من جهتين، فإنها أم أم أم الغلام وأم أب أبيه، فلو مات هذا الغلام، وترك هذه الجدة وجدة أخرى من قبل الأم، وهي أم أم أبيه قال أبو يوسف رحمه الله: السدس بينهما بالسوية، وقال محمد رحمه الله: أثلاثا، ثلثاه لذات الجهتين وثلثه لذات الجهة الواحدة، وصورة الجدات من الجهات الثلاث أن هذه المرأة زوجت ابنة ابنة لها أخرى من هذا الغلام، فولدت بينهما غلاما، فإن هذه المرأة لهذا الغلام المولود الثاني جدة من ثلاث جهات: من جهة هي أم أم أم أمه، ومن جهة هي أم أم أم أبيه، ومن جهة هي أم أب أب أبيه، فلو مات هذا الغلام، وترك هذه المرأة وجدة أخرى من قبل الأب، وهي أم أب أب الأب، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله: السدس بينهما نصفان، وعلى قول محمد رحمه الله: السدس بينهما على أربعة أسهم ثلاثة أسهم للمرأة هذه، وسهم واحدة للجدة الأخرى، وإن سألت عن ست جدات متحاذيات كلهن وارثات، فصورتها: أم أم أم أم أم أم، وأم أم أم أم أب، وأم أم أب أب أب، وأم أب أب أب أب، وأم أب أب أب أب أب -والله أعلم-

الفصل الرابع عشر
في الأخت لأب وأم

٢١٤٤ - قد ذكرنا أن للأخت لأب وأم حالان: سهم، وتعصيب إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن وإن سفل، ولا أب ولا جد أب الأب وإن علا، ولا أخ لأب وأم، فهي صاحبة سهم، سهم الواحدة النصف وسهم اثنتين فصاعداً الثلثان ولا يزاد على الثلثين وإن كثرن. وإن كان للميت ابن أو ابن ابن أو أب، فلا ميراث لها، وكذا إذا كان له جد أب الأب عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، فالجد عند أبي حنيفة رحمه الله يحجب الأخوات كلها كالأب وعندهما لا يحجب، وإن كان للميت ابنة أو ابنة ابن، فالأخت لأب وأم في هذه الحالة عصبة، فتأخذ الابنة أو ابنة الابن فرضها، والباقي يكون للأخت، والأخت لأب وأم يصير عصبة مع البنت ومع ابنة الابن، وكذلك إذا كان معها بدرجتها أخ لأب وأم تصير عصبة به، فإن كان معها أخ لأب، فهي صاحبة سهم، ولا يصير عصبة بالأخ لأب -والله أعلم-.

الفصل الخامس عشر
في الأخت لأب

٢١١٤٥- قد ذكرنا أن للأخت لأب حالان أيضاً : سهم، وتعصيب إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن وإن سفل، ولا أب ولا جد أب الأب وإن علا، ولا أخ لأب وأم ولا أخ لأب، ولا أختان لأب وأم، فهي صاحبة سهم، وسهم الواحدة النصف، وسهم الثنتين فصاعداً الثلثان، وإن كان للميت ابن، أو ابن ابن وإن سفل، أو أب أو أخ لأب وأم، فلا ميراث لها، وكذا إذا كان للميت جد أب الأب عند أبي حنيفة رحمه الله، وكذلك إذا كان للميت أختان لأب وأم، فلا ميراث لها إلا أن يقع في درجتها ذكر فيعصبها، وإن كان للميت أخت لأب وأم وأخت لأب، فللأخت لأب وأم النصف، وللأخت لأب السدس تكملة للثلثين، وإن كان للميت بنت، أو بنت ابن أو أخ لأب، فهي عصبة - والله أعلم -

الفصل السادس عشر
في الأخت لأم

٢١١٤٦ - الأخت لأم صاحبة سهم إذا لم تكن للميت ولد ولا ولد ابن وإن سفل ولا أب ولا جد أب الأب وإن علا. وإن كان للميت واحد من هؤلاء فلا شيء لها. وحصة الواحدة منهن السدس، وحصة الجمع فصاعدا الثلث لا يزدن على الثلث وإن كثرن.

الفصل السابع عشر
في الزوجات

٢١١٤٧ - الزوجة صاحبة فرض على كل حال ، وفريضة الواحدة فصاعداً إلى الأربع الربع إذا لم يكن للميت ولد ، ولا ولد ابن وإن سفل ، والثمن للميت إذا كان ولداً أو ولد ابن ، هذا بيان حكم أصحاب الفرائض من النساء جئنا إلى بيان حكم أصحاب الفرائض من الرجال .

الفصل الثامن عشر
في الأب

٢١١٤٨ - للأب أحوال ثلاثة : إذا كان للميت ابن أو ابن ابن ، فهو صاحب سهم وسهمه السدس . وإذا كان للميت ابنة أو ابنة ابن ، فهو صاحب سهم ، وعصبة يأخذ السدس أولاً بحكم الفرض ، وتأخذ الابنة أو ابنة الابن نصيبها وهو النصف ، بعد ذلك يأخذ الباقي بحكم العصوبة ، وإن لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ، فهو عصبة يأخذ ما يأخذ بحكم التعصيب ، وإن كان للميت أبوان ، بأن كانت جارية مشتركة بين رجلين جاءت بولد ، فادعياه حتى يثبت النسب منهما ، ثم مات هذا الولد ، فإنهما يرثان ميراث أب واحد ، ويكون ذلك سهماً

الفصل التاسع عشر
في الجد

٢١١٤٩ - والجد نوعان: صحيح، وفاسد، فالفاسد من جملة ذوي الأرحام، والصحيح له أحوال ثلاثة على نحو ما ذكرنا في الأب، وحكمه حال عدم الأب في حق استحقاق السهم والتعصيب حكم الأب وسهم الواحد السدس، وإذا كثروا، فالسدس بينهم بالسوية، والفاصل بين الجد الصحيح وبين الجد الفاسد أن كل جد في نسبته إلى الميت أم، فهو فاسد، وذلك كأب الأم وأب أم الأب.

الفصل العشرون
في الأخ لأم

٢١١٥ - الأخ لأم صاحب فرض إذا لم يكن للميت ولد، ولا ولد ولد وإن سفل، ولا جد أب الأب وإن علا، وفريضة الواحد السدس، وفريضة المثنى فصاعداً الثلث وإن كثروا.

الفصل الحادي والعشرون

في الزوج

٢١١٥١ - الزوج صاحب فرض على كل حال، وفريضته النصف إذا لم يكن للميت ولد، ولا ولد ابن وإن سفل، والربع إذا كان للميت ولد أو ولد ابن، والواحد من الأزواج، والجماعة إلى الأربع في حق استحقاق سهم الأزواج على السواء، حتى إن جماعة إلى الأربعة لو ادعوا نكاح امرأة، ولم يكن المرأة في بيت واحد منهم، ولا دخل بها واحد منهم، ولا أقرت لواحد منهم[1]، ولا يعرف أيهم أول، فأقام كل واحد منهم البينة على نكاحه، فماتت المرأة قبل أن يقضي القاضي بشيء، فإن القاضي يقضي بميراث زوج واحد، ويكون بينهم بالسواء، وذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في كتاب النكاح، ووضعها في الرجلين.

---

(١) هكذا في الأصل، وكأن فيهم "ولا أقرت"، والصواب "ولا أقر لواحد منهم"

الفصل الثاني والعشرون

في مسائل الجد

٣٦١٥٢ - الجد يقوم مقام الأب في حجب الإخوة والأخوات لأم بالإجماع، ويقوم مقام الأب في حجب الإخوة لأب وأم، أو لأب، وفي حجب الأخوات لأب وأم، أو لأب عند أبي حنيفة رحمه الله، وهذا قول أبي بكر الصديق وعبد الله بن عباس وأبي موسى الأشعري وطلحة وابن الزبير رضي الله عنهم، وكان زيد يقاسم الجد بالإخوة والأخوات ما دامت المقاسمة خيراً بأن كان لا ينقص نصيبه من الثلث، وكان يجعل الجد كأخ آخر وكان يجعل نصيبه كنصيب أخ، فإذا انتقص نصيبه من الثلث يعطيه ثلث المال وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

٣٦١٥٣ - بيانه من المسائل: إذا ترك الرجل أختاً لأب وأم أو لأب وجداً، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله المال كله للجد، وعلى قولهما: المال بينهما على ثلاثة أسهم: سهمان للجد، وسهم للأخت، ويجعل الجد في هذه الصورة كأخ آخر؛ لأن المقاسمة خير له، فإنا إذا جعلناه كأخ يصيبه سهمان من ثلاثة، فيجعل كذلك، وإن ترك ثلاث أخوات لأب وأم أو لأب وجداً، يقسم المال بينهم أخماساً عندهما: سهمان للجد، ولكل أخت سهم، وإن ترك أخوين لأب، وأم أو لأب وجداً فللجد الثلث، ويجعل الجد كأخ آخر، فيقسم المال أثلاثاً، أو إن ترك أخاً لأب وأم وأختاً لأب وأم وجداً، يقسم المال بينهم أخماساً: سهمان للجد، وسهمان للأخ، وسهم للأخت، ويجعل الجد كأخ آخر؛ لأن المقاسمة خير له؛ لأنا لو أعطيناه الثلث في هذه الحالة أعطيناه سهمين من ستة وسهمان من خمسة خير من سهمين من ستة.

ولو ترك أخوين لأب وأم وأختاً لأب وأم وجداً، فههنا يعطى الجد ثلث المال؛ لأن الثلث خير له ههنا؛ لأن بالمقاسمة يحصل له سهمان من سبعة، فإنا إذا جعلنا الجد كأخ آخر صار تقدير مسألتنا رجل مات، وترك ثلاثة إخوة لأب وأم وأختاً لأب وأم، فيكون القسمة من سبعة لكل أخ سهمان، فإذا أعطيناه الثلث أعطيناه سهماً من ثلاثة، ولا شك

أن سهماً واحداً من ثلاثة خير من سهمين من سبعة، وكذلك إذا ترك أخوين لأب وأختاً لأب وجداً، كان الجواب كما قلنا.

وإن ترك جداً أو أختاً لأب وأم أو لأب، وأختين لأب وأم، أو لأب، معنى هذه المسألة لا فرق بين المقاسمة وبين الثلث عندهما، لأن بالمقاسمة يصير كأنه مات عن ثلاثة إخوة؛ لأنا جعلنا الأختين أخاً، وإذا كان كذلك يقسم المال بينهم، فيكون للجد الثلث سهم من ثلاثة، ولو أعطيناه الثلث ابتداء كان الحساب من ثلاثة، للجد سهم من ثلاثة، فهو معنى قوله: إنه لا فرق بين المقاسمة وبين الثلث ههنا، والفتوى في هذه المسائل وما يتصل بها على قول أبي حنيفة رحمه الله.

٢١١٥٤- مسائل ملقبة يتصل بعضها بمسائل الجد: فمن جملتها مسألة الخرقاء، صورتها: أم وجد وأخت لأب وأم، فعند أبي بكر الصديق رضي الله عنه للأم الثلث، والباقي للجد، ولا شيء للأخت وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، وإنما سميت هذه المسألة بهذا الاسم؛ لأنه خرقها أقوال الصحابة رضي الله عنهم لكثرة اختلافهم في ذلك، وعلى قول علي رضي الله عنه: للأم الثلث، والباقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله.

٢١١٥٥- ومنها مسألة الأكدرية، صورتها: أم وزوج وأخت لأب وأم وجد، فعند أبي بكر رضي الله عنه للأم الثلث، والباقي للجد، وقال علي رضي الله عنه: للأم الثلث، وللأخت النصف، وللزوج النصف، وللجد السدس، فقال: المسألة من ستة إلى تسعة، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وإنما سميت هذه المسألة بالأكدرية؛ لأن امرأة من بني أكدر ماتت، وتركت من الورثة من سمّي، فوقعت هذه المسألة، وقيل: إنما سميت هذه المسألة بالأكدرية لأنه يكدر فيها أقوال زيد، لأنه اضطرب فيها أقواله.

٢١١٥٦- ومنها مسألة الحمارية: صورتها: زوج وأم واثنان من أولاد الأم وإخوة لأب وأم، فعند علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما للأم السدس، وللزوج النصف، ولأولاد الأم الثلث، ولا شيء للإخوة للأب وأم، وقال ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم: الإخوة لأب وأم يشاركون أولاد الأم، وقد حكي: أن هذه المسألة وقعت في

زمن عمر رضي الله عنه ، فسئل هو عن ذلك ، فلم يعط الإخوة لأب شيئًا ، فقالت الإخوة لأب وأم : يا أمير المؤمنين ! هب إن أبانا كان حمارًا ، ألسنا خرجنا من بطن أم واحدة؟ فقال عمر : نعم ، هم بنو أم واحدة ، فشركهم في الثلث ، وسميت المسألة حمارية بهذا.

٢١١٥٧ - ومن جملة ذلك مسألة المنبرية ، صورتها : أبوان وبنتان وزوجة ، فللأبوين السدسان ، وللبنتين الثلثان ، وللزوجة الثمن ، أصل المسألة من أربعة وعشرين ، فعالت منها إلى سبعة وعشرين ، وإنما سميت هذه المسألة منبرية ؛ لأن عليًا رضي الله عنه كان يخطب على المنبر ، فسئل عن هذه المسألة ، فأجاب على البديهة ، وقال : صار ثمنها تسعًا ، ومضى في خطبته ، فسميت منبرية لهذا.

الفصل الرابع والعشرون
في العصبات

٢١١٥٩- قد ذكرنا أن العصبة نوعان[1]: إحداهما: من جهة النسب، والأخرى: من جهة السبب. والعصبة من جهة النسب أصناف ثلاثة: عصبة بنفسها: وهو كل ذكر يلازم الذكورة في نسبته إلى أن ينتهي إلى الميت، وعصبة بغيرها: وهو كل أنثى تصير عصبة بذكر يحاذيها كالبنت مع الابن، وابنة الابن مع ابن الابن، وكالأخت لأب وأم مع الأخ لأب وأم، وكالأخت لأب مع الأخ لأب، وعصبة مع غيرها: وهي كل أنثى تصير عصبة مع أنثى أخرى كالأخوات لأب وأم، أو لأب مع البنات وبنات الابن، وإذا صارت عصبة مع أنثى أخرى كالأخوات لأب وأم، أو لأب مع البنات وبنات الابن، وإذا صارت عصبة مع غيره، فذلك الغير لا يكون عصبة.

فأما الكلام في العصبة بنفسها: فنقول: أولى العصبات بالميراث الابن، ثم ابن الابن وإن سفل، ثم الأب، ثم الجد أب الأب وإن علا، ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ لأب وأم، ثم ابن الأخ لأب، ثم بنوهم وإن سفلوا على هذا الترتيب، ثم العم لأب وأم، ثم العم لأب، ثم بنوهم وإن سفلوا على هذا الترتيب، ثم عم الأب لأب وأم، ثم عم الأب لأب، ثم ابن عم الأب لأب وأم، ثم ابن عم الأب لأب، ثم بنوهم وإن سفلوا على هذا الترتيب، فالحاصل أن بني ابن الميت وإن سفلوا، فهم أولى بالميراث من بني أب الميت وهم الإخوة وإن قربوا، وبنو أب الميت وإن سفلوا، فهم أولى بالميراث من بني جد الميت وهم الأعمام وإن قربوا، وبنو أب أب الميت وإن بعدوا، فهم أولى بالميراث من بني جد الميت وإن قربوا.

وإذا اجتمع نسبان[2]، فالأقرب أولى، وبعد الاستواء في القرب ذو القرابتين أولى، مثاله إذا ترك الميت أخاً لأب وأم وأخاً لأب، فالميراث للأخ للأب وأم، لأنه ذو

---

(١) وفي م: صنفان.

(٢) وفي ف: وجدان.

قرابتين، وإن ترك ابن أخ لأب وأم وأخا لأب، فالأخ لأب أولى؛ لأنه أقرب، وإن ترك ابن بني الأخ لأب وأم وابن أخ لأب، فالمال لابن الأخ لأب؛ لأنه أقرب، وإن ترك ابن أخ لأب وأم وعمًا، فالمال لابن الأخ؛ لأنه من بني أب الميت والعم من بني جد الميت، وإن ترك ابن عم لأب وأم وابن عم لأب، فالميراث لابن العم لأب وأم؛ لأنه ذو قرابتين، وإذا ترك ابن بني عم لأب وأم وابن عم لأب، فالمال لابن العم لأب؛ لأنه أقرب، وإن ترك ابن عم لأب وأم وعم الأب لأب وأم، فالمال لابن العم؛ لأنه أقرب؛ لأنه من بني الجد، وعم الأب من بني أب الجد.

وأما الكلام في العصبة بغيرها: فصورتها ما ذكرنا، وهي كل أنثى تصير عصبة بذكر يحاذيها كالبنت مع الابن، وبنت الابن مع ابن الابن، وكالأخت لأب وأم أو لأب مع أخيها، وهذا الحكم في حق الأخوات مع الإخوة مقصور على أخواتهن من جملة أصحاب الفرائض حتى إن من لم يكن منهن من جملة أصحاب الفرائض لم تصر عصبة بذكر يوازيها، بيانه إذا هلك الرجل، وترك ابن أخ لأب وأم وابنة أخ لأب وأم وابنة أخ لأب وأم، أو ترك ابن أخ لأب وابنة أخ لأب، فالمال كله لابن الأخ، ولا شيء لبنت الأخ؛ لأنها من جملة ذوي الأرحام، وليست من جملة أصحاب الفرائض فلم تصر عصبة، وأما ابنة الابن فإنها تصير عصبة بذكر يوازيها على كل حال، وتصير عصبة بذكر أسفل منه إذا لم يصل إليها فرضها، وقد مر هذا في فصل بنات الابن.

وأما الكلام في العصبة مع غيرها: وصورتها ما ذكرنا، وبيان ذلك من المسائل. إذا هلك الرجل، وترك بنتا وأختا لأب وأم أو لأب، فللبنت النصف، والباقي للأخت، وكذلك إذا ترك ابنة ابن وأختا لأب وأم أو لأب، فللبنت النصف، والباقي للأخت، وإن ترك بنتا أو أختا لأب وأم وأخا لأب وأم، فللابنة النصف، والباقي بين الأخ والأخت أثلاثا، وإذا اجتمعت العصبات بعضها عصبة بنفسها، وبعضها عصبة بغيرها، فالترجيح فيها بالقرب إلى الميت، لا لكونها عصبة بنفسها حتى إن العصبة مع غيرها إذا كانت أقرب للميت من العصبة لنفسها، كانت العصبة مع غيرها أولى، بيانه إذا هلك الرجل، وترك بنتا وأختا لأب وأم وابن أخ لأب وأم، فنصف الميراث للبنت والنصف للأخت، ولا شيء لابن الأخ؛ لأن الأخت صارت عصبة مع البنت، وهي إلى الميت أقرب من ابن الأخ، وكذلك إذا كان مكان ابن الأخ عما لا شيء للعم، وكذلك إذا كان

مكان ابن الأخ أخا لأب، لا شيء لابن الأخ وطريقه ما قلنا.

٢١١٦٠ - هذا الذي ذكرنا كله في العصبة من جهة النسب. وأما العصبة من جهة السبب فنوعان: مولى العتاقة، ومولى الموالاة. فأما الكلام في مولى العتاقة، فنقول: تكلم المشايخ في سبب استحقاق ولاء العتاقة. قال بعضهم: سببه الإعتاق، والنص يشهد له، قال عليه السلام: «الولاء لمن أعتق». وقال بعضهم: سببه العتق على الملك وهو الصحيح. ألا يرى أن من ورث قريبه حتى عتق عليه كان ولاءه له ولا إعتاق ههنا، وهذا الولاء لا يورث، ويكون لأقرب الناس عصبة من المعتق حتى إنه لو مات مولى العتاقة، وترك بنتا وابنا، ثم مات المعتق، فميراثه لابن المعتق، ولا شيء لابنة المعتق، وكذلك إذا مات مولى العتاقة، وترك ابنين، ثم مات أحد الابنين، وترك ابنا، ثم مات المعتق كان ميراثه لابن المعتق، ولا شيء لابن ابن المعتق، وكذلك إذا مات مولى العتاقة، وترك ابنين، ثم مات أحد الابنين، وترك ابنا، ثم مات المعتق، فميراثه لابن المعتق، ولا شيء لابنة المعتق، وكذلك إذا مات مولى العتاقة، وترك ابنين، ثم مات أحد الابنين، وترك ابنا، ثم مات المعتق، كان ميراثه لابن المعتق، ولا شيء لابن ابن المعتق، وكذلك إذا مات مولى العتاقة، وترك ابنا وأبا، ثم مات المعتق، كان ميراثه لابن المعتق، ولا شيء لأب، لأن الابن أقرب العصبات إليه.

والحاصل أن الولاء بنفسه لا يورث، بل هو للمعتق على حاله، ألا يرى أن المعتق ينسب بالولاء إلى المعتق دون أولاده، فيكون استحقاق الإرث بالولاء لمن هو منسوب إليه حقيقة، ثم يخلفه فيه أقرب العصبة كما يخلفه في ماله، فينظر عند موت المعتق أن مولى العتاقة لو كان حيا في هذه الحالة، ومات من يرثه من عصباته، ومن هو أقرب الناس إليه عصبة، فيرث ذلك الشخص من المعتق، وهذا الذي ذكرنا أن الولاء لا يورث ظاهر رواية أصحابنا، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يورث ويقسم بين الابن والابنة للذكر مثل حظ الأنثيين، هكذا ذكر عن عبد الله بن مسعود في رواية، وبه أخذ إبراهيم النخعي وشريح القاضي.

إذا مات المعتق، ولم يترك إلا بنت المعتق، فلا شيء لها في ظاهر رواية أصحابنا، ويكون ميراث المعتق لبيت المال، ويحكى عن بعض مشايخنا: أنهم كانوا يفتون في هذه

المسألة ندفع المال إليها لا بطريق الإرث، ولكن لأنها أقرب إلى الميت من بيت المال، ألا يرى أنه كان يستحق المال لو كان ذكراً كيف؟ وإنه ليس في زماننا بيت المال، وإنما كان ذلك في زمن الصحابة والتابعين، ولو دفع ذلك إلى سلطان الوقت أو القاضي لا يصرفون إلى مصارفه، وهكذا كان يفتي القاضي الإمام أبو بكر الزرنجري والقاضي الإمام صدر الإسلام، وذكر القاضي الإمام عبد الواحد في فرائضه أن الفاضل عن سهام الزوج والزوجة لا توضع في بيت المال اليوم؛ لما قلنا، بل يدفع إليهما؛ لأنهما أقرب إلى الميت من جهة السبب من غيرهما، وكان الدفع إليهما أولى، وكذلك الابن والابنة من الرضاع وعصبة المعتق يرث، أما عصبة المعتق لا يرث، المعتق إذا لم يكن عصبة المعتق، مثاله: امرأة أعتقت عبداً، وماتت، وتركت ابناً وزوجاً، ثم مات المعتق، فالميراث لابن المعتقة؛ لأنه عصبتها، ولو كان الابن مات، وترك أباه وهو زوج المعتقة، ثم مات المعتق، لا يرثه زوج المعتقة، وإن كان الأب عصبة الابن والابن عصبة المعتقة؛ لأن أب الابن ليس عصبة المعتقة.

وإذا أعتق الرجل عبداً، ثم أعتق المعتق عبداً، ثم أعتقه المعتق الثاني عبداً، ثم مات المعتق الثالث، وترك عصبة المعتق الأول لا غير، يرثه منه، وإن كان هذا في صورة عصبة معتق المعتق؛ لأن المعتق الأول جر ولاء هذا الميت، وصار هذا الميت مولى المعتق الأول، فيرثه عصبة المعتق الأول لقيامه مقام المعتق الأول. وكما يثبت للمعتق ولاء معتقه يثبت له ولاء معتق معتقه حتى من أعتق عبداً، ثم إن العبد المعتق أعتق أمة، ثم مات العبد، ثم ماتت الأمة، فإن معتق العبد يرث من هذه الأمة، وكذلك لو مات معتق العبد، وترك ابناً، ثم ماتت الأمة، فإن ابن معتق العبد يرث عن الأمة؛ لأن ولاء الأمة يثبت لمعتق العبد، فيكون لأقرب الناس عصبة إليه بعد موته.

وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو جررن ولاء معتقهن أو معتق معتقهن، صورة من أعتقن ظاهر، صورة من أعتق من أعتقن: المرأة إذا أعتقت عبداً، ثم إن العبد المعتق اشترى أمة وأعتقها، ثم مات العبد المعتق، ثم ماتت الأمة، فإن المرأة ترث من الأمة، ولو أن امرأة اشترت أباها حتى عتق عليها، ثم مات الأب، وترك هذه المشترية وابنة أخرى، كان الثلثان بينهما على السواء بحكم الفرض، والثلث الآخر للمشترية بحكم الولاء، وإن كان الأب أعتق عبداً بعد ما عتق هو، ثم مات الأب، ثم

مات معتق الأب ، وبقيت المشترية ، فميراث المعتق للمشترية ؛ لأن المتوفى معتق معتق المشترية .

صورة جرّ ولاء المعتق: امرأة اشترت عبداً، وتزوج العبد بمعتقة قوم بإذن المرأة، وحدث بينهما أولاد فولاء الأولاد لمولى الأم؛ لأنه تعذر إثباته من جانب الأب؛ لكون الأب عبداً، فيثبت من جانب الأم، فلو أن المرأة أعتقت العبد جر العبد ولاء الولد إلى نفسه وجرت المرأة ذلك إلى نفسها، وهذا لأن الأصل في ولاء الولد الأب؛ لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، وإنما يثبت ولاء الولد في هذه الصورة من مولى الأم؛ لتعذر إثباته من الأب كما في حقيقة النسب، فإن نسب ولد الملاعنة ينقطع عن الأب، وإذا كذب الملاعن نفسه يثبت النسب من الأب؛ لأن القطع عن الأب؛ لتعذر إثباته عنه، وإذا كذب نفسه، فقد ارتفع التعذر، فوجب الإثبات من الأب، كذا هنا.

صورة جر ولاء معتق المعتق امرأة اشترت عبداً، وأعتقه، ثم إن هذا العبد المعتق اشترى عبداً، ثم إن هذا العبد الثاني تزوج بمعتقة قوم بإذن مولاها، وحدث به منها أولاد، فإن ولاء الأولاد لمولى الأم، فلو أن المعتق أعتق هذا العبد، جر هذا العبد ولاء ولده، ثم جر المعتق الأول ذلك إلى نفسه، ثم جرت المرأة ذلك إلى نفسها، فالأب يجر ولاء الولد بلا خلاف، وأما الجد: هل يجر ولاء حافده؟ ففي ظاهر الرواية أصحابنا لا يجر، سواء كان الأب ميتاً أو حياً، روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يجر، وصورة ذلك عبد تزوج بمعتقة قوم، وحدث له منها ولد، وهذا العبد أب حي، فأعتق الأب بعد ذلك بقي هذا الأب، وهو أب الولد عبداً على حاله، ثم مات العبد، ثم مات ولده، ولم يترك وارثاً، يجر ميراثه، كان ميراثه لمولى الأم، ولو جنى كان عقله على موالي الأم، ولم يجر الجد ولاء حافده إلى مواليه، وإنما كان كذلك لأنه تعذر إثبات الولاء من الجد؛ لما ذكرنا أن الولاء ألحق بالنسب شرعاً، والنسب إنما يثبت من الجد إذا ثبت من الأب، ألا ترى أن نسب ولد الزنا إذا لم يثبت من الزاني لا يثبت من الجد، وههنا لا يثبت ولاء الولد من الأب لكونه عبداً، فلا يثبت من الجد.

وإذا مات المعتق عن صاحب فرض وعن معتق، أو عن عصبة المعتق، فإنه يبدأ من صاحب الفرض، فيعطي فرضه أولاً، ثم يعطي الباقي المعتق أو عصبته، وكثير من

الفصل الخامس والعشرون
في توريث المملوكين ومن بمعناهم من المكاتبين والمدبرين وأمهات الأولاد ومعتق البعض

٢١١٦٦ - قد ذكرنا أن العبد لا يرث من الحر، والحر لا يرث من العبد، والمكاتب والمدبر وأم الولد بمنزلة العبد لا يرث أحداً؛ لأن في حق هؤلاء الرق قائم، والعبد الذي عتق بعضه لا يرث أحداً عند زيد رضي الله عنه ما دام يسعى وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، وعند عبد الله بن عباس رضي الله عنهما: يرث، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وهذا بناء على أن الإعتاق عند زيد رضي الله عنه يتجزأ، فكان هذا الشخص معتق البعض على الحقيقة وكان بمنزلة المكاتب فلا يرث، وعند عبد الله الإعتاق لا يتجزأ، فكما عتق بعضه عتق كله إلا أنه يجب عليه السعاية، فكان بمنزلة حر عليه دين فيرث، بيانه إذا مات الرجل، وترك ابناً نصفه حر وعصبة، فعلى قول زيد: المال كله للعصبة؛ لأن معتق البعض عنده لا يرث، فصار وجوده والعدم بمنزلة، وعند عبد الله ابن عباس رضي الله عنهما: المال كله لهذا الابن؛ لأن عنده هو بمنزلة حر عليه دين، وإنه أقرب العصبات، فيكون كله له، وإن ترك ابنين نصف كل واحد منهما حر، فعلى قول عبد الله بن عباس رضي الله عنهما: الثلثان لهما، والباقي للعصبة، وعلى قول زيد: المال كله للعصبة، ولا يحجب هذا العبد الزوج والمرأة عن النصف والربع عند زيد، وعند عبد الله: يحجب الزوج والمرأة عن النصف والربع حتى إن عند زيد يرث الزوج مع هذا الابن النصف، وترث المرأة الربع، وعند عبد الله يحجب الزوج والمرأة عن النصف والربع حتى إن عند زيد يرث الزوج مع هذا الابن النصف، وترث المرأة الربع، وعند عبد الله يرث الزوج مع هذا العبد الربع، وترث المرأة الثمن - والله أعلم -

الفصل السادس والعشرون

في أصول الحساب وفيه مسائل العول

٢١١٦٢ - قد ذكرنا أن السهام المقدرة ستة: السدس والثلث والثلثان جنس واحد، والثمن والربع والنصف جنس واحد، ولكل سهم من هذه السهام مخرج يخرج منه، فالنصف يخرج من سهمين وما عداه يخرج كل سهم من اسمه كالثمن من ثمانية، والربع من أربعة والثلث والثلثان من ثلاثة والسدس من ستة، وإن اجتمع أحد الجنسين مع الآخر ينظر إن اجتمع النصف مع كل الآخر أو مع بعضه، فأصله من ستة، وإن اجتمع الربع مع كل الآخر، أو مع بعضه، فأصله من اثنا عشر، وإن اجتمع الثمن مع كل الآخر أو بعضه، فأصله من أربعة وعشرين هذا هو العبارة المعروفة لعامة المشايخ، وعبارة بعضهم أنه إذا اجتمع جزءان، وأردت أن تعرف تخريجهما، فانظر إلى مخرج كل جزء، ثم انظر إلى المخرجين، فإن كان بينهما مداخلة يكفيك أن تأخذ مخرج أكثر العددين ويكون أكثر العددين مخرجاً للجزئين، مثاله: إذا أردت أن تعرف مخرج الثلث والسدس، فتقول: مخرج الثلث ثلاثة ومخرج السدس ستة، فإن ستة يكون مخرجاً للثلث والسدس، وإن كان بين المخرجين مباينة، فخذ أحد المخرجين، واضربه في مخرج الآخر، فما بلغ يكون مخرج الجزئين، مثاله: إذا أردت معرفة الثلث والربع، فتقول: مخرج الثلث ثلاثة ومخرج الربع أربعة، وبين ثلاثة وأربعة مباينة فاضرب أربعة في ثلاثة أو ثلاثة في أربعة، فيصير اثنا عشر، واثنا عشر مخرج الربع والثلث، وإن كان بين المخرجين موافقة، فخذ وفق أحد المخرجين، واضربه في مخرج الآخر، فما بلغ يكون مخرج الجزئين، مثاله: إذا أردت أن تعرف مخرج الثمن والسدس، فتقول: مخرج السدس ستة ومخرج الثمن ثمانية، وبينهما موافقة بالنصف، فإما أن تضرب نصف ستة ثلاثة في ثمانية، أو تضرب نصف ثمانية أربعة في ستة، فيصير أربعة وعشرين مخرج السدس والثمن.

ثم الحال لا يخلو: إما أن يكون سهام الورثة مثل سهام المال بحيث لا يزداد ولا

بنقص، وذلك أنواع ثلاثة: أحدها: أن يكون الورثة كلهم أصحاب الفرائض، وذلك على وجوه: أحدها: أن يكون في المسألة نصف ونصف مثل الزوج والأخت لأب وأم أو لأب، وأشباه ذلك. الوجه الثاني: أن يكون في المسألة نصف وثلث وسدس مثل زوج وأم وأخت لأب. الوجه الثالث: أن يكون في المسألة نصف وسدس وسدس وسدس مثل بنت وبنت ابن وأبوين ومثل بنت وبنت ابن وأختين لأب. والوجه الرابع: أن يكون في المسألة ثلثان وسدسان مثل أختين لأب وأم وأختين لأب ومثل بنتين وأبوين.

النوع الثاني: أن يكون الورثة كلهم عصبة مثل بنين وبنات أو بنين أو إخوة أو معتقين.

النوع الثالث: أن يكون الورثة بعضهم أصحاب الفرائض يستحقون بعض المال وبعضهم عصبة يستحقون الفاضل نحو أب وابن وابن عم، ونحو زوج وأب، وأمثال ذلك، فهذه الأنواع يأخذ كل واحد من الورثة نصيبه، ولا يحتاج فيه إلى زيادة شيء. وإن كانت الورثة كلهم أصحاب الفرائض وسهامهم أكثر من سهام المال نحو: إن تركت امرأة زوجًا وأمًا وأختًا لأب وأم، ففي هذه الصورة سهام الورثة أكثر من سهام المال؛ لأن سهم الزوج النصف، وسهم الأخت لأب وأم النصف، وسهم الأم الثلث والمال الواحد لا يحوي نصفين وثلثًا، فهذا النوع من المسائل يسمى مسائل العول، وقد قال عامة الصحابة بالعول، وهو قول أصحابنا، فيعول الفريضة ويقسم المال بينهم على قدر سهامهم، ولا يخص بالإضرار بعض الورثة دون البعض.

ثم الأصول التي يبتنى عليها هذا النوع من المسائل سبعة: اثنان، وضعفها وذلك أربعة، وضعف ضعفها وذلك ثمانية، وثلاثة، وضعفها وذلك ستة، وضعف ضعفها وذلك اثنا عشر، وضعف ضعف ضعفها وذلك أربعة وعشرون. أربعة من هذه الأصول لا يعول وهي اثنان وثلاثة وأربعة وثمانية، وثلاثة منها يعول، وهي ستة واثنا عشر وأربعة وعشرون. فالستة يعول بسدسها إلى سبعة وبثلثها إلى ثمانية وبنصفها إلى تسعة وبثلثيها إلى عشرة يعول وترًا لا شفعًا، والاثنا عشر يعول بنصف سدسها إلى ثلاثة عشر، وبربعها إلى خمسة عشر، وبسدسها إلى سبعة عشر يعول وترًا لا شفعًا، والأربعة والعشرون يعول بثمنها إلى سبعة وعشرين عولًا واحدًا.

ووقع في بعض نسخ كتاب ابن الفضل لمحمد رحمه الله: كل فريضة فيها ثمن وثلث، فهي تخرج من أربعة وعشرين، وطعنوا في هذا، وقالوا: لا يجتمع في فريضة الثمن والثلث، فالثلث فريضة الأم عند عدم الولد، وفريضة أولاد الأم عند عدم الولد، والثمن فريضة المرأة مع الولد، فكيف يتصور اجتماعهما، وقيل: هذا يتصور على أصل ابن مسعود رضي الله عنه، فإن من أصله أن من لا يرث لكفر أو رق لا يحجب حجب الحرمان، لكن يحجب حجب النقصان، فإذا ترك امرأة وأخوين وابنا رقيقا، فهذا الابن يحجب المرأة من الربع إلى الثمن، ولا يحجب الأخوين لأم عن هذه الفريضة.

جئنا إلى بيان كيفية العول في الأصول الأربعة، فأما الستة فصورة عولها إلى سبعة: رجل هلك، وترك أما وأختا لأب وأم وأختا لأب وأختين لأم، فأصل المسألة من ستة: للأم السدس سهم، وللأخت لأب وأم النصف ثلاثة أسهم، وللأخت لأب السدس سهم تكملة الثلثين، وللأختين لأم سهمان لكل واحد السدس سهم، فجملة ذلك سبعة، فعالت بسهم، وصورة عولها إلى ثمانية: إذا هلكت المرأة، وتركت زوجا وأما وأختين لأب وأم، فأصلها من ستة: للأم السدس سهم، وللزوج النصف ثلاثة أسهم، وللأختين لأب وأم الثلثان أربعة أسهم، فصارت ثمانية أسهم، فعالت بسهمين، وصورة عولها إلى تسعة: امرأة ماتت، وتركت زوجا وأما وأختا لأب وأم وأختين لأم، أصل المسألة من ستة: للأم السدس سهم، وللزوج النصف ثلاثة أسهم، وللأخت لأب وأم النصف أيضا ثلاثة أسهم، ولكل واحد من الأختين لأم السدس سهم، فصارت تسعة، فعالت بثلاثة، وصورة عولها إلى عشرة: امرأة ماتت، وتركت زوجا وأما وأختين لأب وأم وأختين لأم، أصل المسألة من ستة: للأم السدس سهم والنصف، ثلاثة أسهم للزوج، وللأختين لأب وأم الثلثان أربعة أسهم، ولكل واحد من الأختين لأم السدس سهم، فجملة ذلك عشرة أسهم.

وأما الاثنا عشر فصورة عولها إلى ثلاثة عشر: امرأة ماتت، وتركت زوجا وأما وابنتين، أصل المسألة من اثني عشر: للزوج الربع ثلاثة أسهم، وللابنتين الثلثان ثمانية، وللأم السدس سهمان، فصارت ثلاثة عشر، فعالت بسهم، صورة أخرى: امرأة ماتت، وتركت زوجا وأبوين وبنتا، وأصل المسألة من اثني عشر، للزوج الربع ثلاثة أسهم، وللأبوين لكل واحد منهما السدس سهمان، وللبنت النصف ستة، فجملة ذلك

ثلاثة عشر، صورة عولها إلى خمسة عشر، امرأة ماتت، وتركت زوجًا وابنتين وأبوين، أصل المسألة من اثني عشر: للزوج الربع ثلاثة، وللابنتين الثلثان ثمانية، ولكل واحد من الأبوين سهمان[1]، فجملة ذلك خمسة عشر، فعالت بثلاثة، صورة أخرى امرأة ماتت، وتركت زوجًا وأبوين وابنًا وابنة ابن، أصل المسألة من اثني عشر: للزوج الربع ثلاثة، ولكل واحد من الأبوين السدس سهمان، وللبنت النصف ستة أسهم، ولابنة الابن السدس سهمان، فجملة ذلك خمسة عشر، صورة عولها إلى سبعة عشر رجل مات، وترك أمًا وامرأة ولأختين لأب وأم وأختين لأم، أصل المسألة من اثني عشر: فللمرأة الربع ثلاثة، وللأختين لأب وأم الثلثان ثمانية، ولكل واحد من الأختين لأم السدس سهمان وللأم السدس سهمان، فجملة ذلك سبعة عشر فعالت بخمسة.

وأما الأربعة والعشرون فصورة عولها: رجل مات، وترك امرأة وابنتين وأبوين، أصل المسألة أربعة وعشرون. للمرأة الثمن ثلاثة، وللابنتين الثلثان ستة عشر، ولكل واحد من الأبوين السدس أربعة، فجملة ذلك سبعة عشرون، فعالت بثلاثة.

ثم العول كما يكون بسهم كامل قد يكون بنصف سهم، وقد يكون بثلاثة أرباع سهم، وقد يكون بسهم ونصف، صورة العول بنصف سهم: امرأة ماتت، وتركت زوجًا وابنتًا وأبوين، فللأبوين السدسان سهمان من ستة، وللابنة النصف ثلاثة من ستة، وللزوج الربع سهم ونصف، صورة العول بثلاثة أرباع سهم. رجل مات، وترك امرأة وابنتين وأبوين، فللأبوين السدسان سهمان من ستة، وللابنتين الثلثان أربعة، وللمرأة الثمن ثلاثة أرباع سهم، فتعول بثلاثة أرباع، وإذا أردت تصحيحها، فاضرب ستة وثلاثة أرباع في أربعة، فيكون سبعة وعشرين، وصورة العول بسهم ونصف: رجل مات، وترك أختين لأب وأم وأختين لأم وامرأة، فللمرأة الربع سهم ونصف، فتعول بسهم ونصف، وكما يقع العول بنصف الواحد، يقع العول بنصف الاثنين، وأكثر من ذلك، بيانه فيما إذا ترك المرأة زوجًا وأمًا وأختين لأب وأم وأختين لأم، فإنها تعول بنصيب الأم سهم، وبنصيب الزوج ثلاثة - والله أعلم-.

---

(١) وفي م: من الأبوين السدس سهمان.

على العبارة الأولى ، وعلى العبارة الثانية يقسم المال كله من الابتداء بين الأم و[illegible] على خمسة أسهم

مثال آخر : إذا هلك الرجل ، وترك أمًّا وأخًا لأم ، فللأم الثلث سهمان من ستة ، وللأخ لأم السدس سهم من ستة ، بقي هناك ثلاثة أسهم للأم ، وللأخ ثلاثة ، فيرد الثلاثة الزائدة على ثلاثة ، فيصير المال في الحاصل على ثلاثة ، هذا على العبارة الأولى ، وعلى العبارة الثانية : يقسم المال بين الأم والأخ من الابتداء على ثلاثة ، هذا قول علي رضي الله عنه وهو قول أصحابنا .

وعلى قول عبد الله : يرد الفاضل على الأم خاصة ، فيصير للأم على قوله خمسة من ستة ، وللأخ سهم .

وإن كان الرد على بعضهم ، بأن كان من جملة الورثة زوج أو زوجة ، فخذ سهام من لا يرد عليه من أدنى مخرج يمكن ، ثم أعزل نصيب من لا يرد عليه من أصله ، ثم ما بقي من أصله سهام الرد ، فإن كان ما بقي من أصل من لا يرد عليه ، ينقسم على سهام من يرد عليه لم يحتج فيه إلى ضرب وتصحيح ، وإن كان ما بقي من أصله من لا يرد عليه ، لا ينقسم على سهام من يرد عليه ، يضرب سهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه ، فما اجتمع ، فمنه تخرج المسألة ، مثال الأول : إذا هلك الرجل ، وترك أمًّا[1] وأخًا لأم وامرأة ، فسهام من يرد عليهم وهي الأم والأخ لأم من ثلاثة ؛ لأن للأم في هذه الصورة الثلث ، وللأخ لأم السدس ، وسهام من لا يرد عليه في هذه الصورة من أربعة ، فيعزل نصيب المرأة من أربعة سهم ، بقي هناك ثلاثة يقسم بين الأم والأخ لأم ثلثاها للأم وثلثه للأخ ، ومثال الثاني : إذا هلك الرجل ، وترك ابنة وابنة ابن وامرأة ، فسهام من يرد عليه وهي الابنة وابنة الابن من أربعة ؛ لأن للابنة النصف ، ولابنة الابن السدس تكملة للثلثين ، وسهام من لا يرد عليه ، وهي المرأة هاهنا من ثمانية ، فيعزل للمرأة من الثمانية سهم ، يبقى هناك سبعة لا يستقيم على سهام من يرد عليه ، فضربنا سهام من يرد عليه ، وذلك أربعة في سهام من لا يرد عليه ، وذلك ثمانية ، فيصير اثنين وثلاثين ، يعطى المرأة ثمن ذلك أربعة ، يبقى هناك ثمانية وعشرون ، يقسم بين الابنة وبنت الابن على أربعة

(١) هكذا في الأصل [illegible] ترك أمًّا وأختًا لأم ، [illegible] وترك أمًّا وأخًا لأم .

كل سهم من ذلك سبعة .

فإن ترك أماً وبنتاً وبنت ابن وامرأة، فسهام من يرد عليه من خمسة، للأم السدس سهم من ستة، وللابنة النصف ثلاثة من ستة، ولابنة الابن سهم من ستة تكملة للثلثين، فجميع ذلك خمسة، وسهام من لا يرد عليها، وهي المرأة من ثمانية. فيعزل[1] من الفريضة للمرأة سهم، يبقى هناك سبعة لا يستقيم على سهام الرد وهي خمسة، فيضرب خمسة في ثمانية، فيصير أربعين، يعطى المرأة الثمن من ذلك، وذلك خمسة يبقى هناك خمسة وثلاثون، يقسم بين الأم والابنة وابنة الابن على خمسة كل سهم سبعة .

وإن ترك زوجاً وابنة، فللزوج الربع سهم، وللابنة النصف سهمان بقي هناك سهم واحد، فيرد على الابنة خاصة، وإن ترك امرأة وبنتين، فللمرأة الثمن ثلاثة، وللابنتين الثلثان ستة عشر والباقي، وذلك خمسة رد على الابنتين خاصة، وخمسة بين الابنتين نصفان لا يستقيم، فيضعف أصل الفريضة، فصار ثمانية وأربعين كان للمرأة الثمن ثلاثة فضعفناه، فصار لها ستة، وكان للابنتين بالفرض ستة عشر ضعفناه، فصار لهما اثنان وثلاثون، والذي لم يكن مستقيماً بين الابنتين في الرد خمسة ضعفناه، فصار عشرة بينهما يستقيم عليهما لكل واحد منهما خمسة، فحصل للابنتين اثنان وأربعون بالفرض والرد جميعاً، بالفرض اثنان وثلاثون، وبالرد عشرة لكل ابنة أحد وعشرون، وللمرأة ستة.

ولهذا الوجه اختصار، وهو أن الأنصباء كلها تتفق بثلث وثلث، فإن نصيب المرأة ستة، ولها ثلث صحيح سهمان، ونصيب الابنتين اثنان وأربعون، ولها ثلث صحيح وذلك أربعة عشر، فاختصر من نصيب المرأة على ثلاثة، وذلك سهمان، ومن نصيب البنات على ثلاثة وذلك أربعة عشر، فيصير الكل ستة عشر، فصارت الفريضة بعد الاختصار من ستة عشر للمرأة من ذلك سهمان، ولكل ابنة سبعة، ولتخريج هذه المسألة وجه آخر، وهو أن يكون الأصل من ثمانية للمرأة من ذلك الثمن سهم، وبقي سبعة بين الابنتين نصفان لا يستقيم فضعف أصل الفريضة، فصارت ستة عشر، فعلى هذا تخرج المسألة إن ترك زوجاً وابنتين، فللزوج الربع، وللابنتين الثلثان، وما بقي يرد على الابنتين

---

[1] في ب وم: فيعزل.

دون الزوج ، وأصلها من اثني عشر ؛ لأن سهم الرد بين الابنتين نصفان لا يستقيم ، فأضعف حتى يزول الكسر ، فصار أربعة وعشرين كان للزوج ثلاثة ضعفناها ، فصار له ستة ، وكان للابنتين ثمانية ضعفناها ، فصار لهما ستة عشر ، والذي لم يكن يستقيم في الرد سهم واحد ضعفناه ، فصار سهمين ، تحصل للابنتين ثمانية عشر : لكل واحد منها تسعة ثمانية بالفرض ، وسهم بالرد ، وإن شئت قلت : ما بقي بعد فرض الزوج ، وذلك ثمانية عشر سهمًا نصفان لكل واحد منهما تسعة تسعة . ولتخريج هذه المسألة طريق آخر : وهو أن الأنصباء تتفق بثلث وثلث ؛ لأن للزوج ستة وله ثلث صحيح سهمان ولكل ابنة تسعة وله ثلث صحيح وذلك ثلاثة ، فاختصر من نصيب كل واحد منهم على ثلاثة من نصيب الزوج على ثلاثة ، وذلك سهمان ، ومن نصيب كل ابنة على ثلاثة لثلاثة ثلاثة ، فيكون ثمانية ، فيكفيك أن تجعل الأصل من ثمانية للزوج من ذلك سهمان ، ولكل ابنة ثلاثة ثلاثة . ولتخريج هذه المسألة وجه آخر : وهو أن يجعل الأصل من أربعة للزوج ربعه ، وبقي ثلثه بين الابنتين نصفان لا يستقيم ، فأضعف أصل الفريضة ، فصار ثمانية للزوج سهمان ولكل ابنة ثلاثة ثلاثة .

فإن ترك امرأة وأمًا وابنتين ، فللمرأة الثمن وللأم السدس وللابنتين الثلثان وما بقي ، ترد على الأم والابنتين ، وأصلها من أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة ، وللأم أربعة ، وللابنتين ستة عشر ، بقي سهم يرد على الأم ، والابنتين على خمسة ؛ لأن حق الابنتين في ستة عشر ، فاجعل كل أربعة سهمًا ، فيصير أربعة ، وحق الأم في أربعة ، فيكون سهمًا ، وقسمة سهم على خمسة لا يستقيم ، فاضرب أصل الفريضة ، وذلك أربعة وعشرون في خمسة ، فيكون مائة وعشرين هذا جميع المال كان للمرأة ثلاثة مضروبًا في خمسة ، فصار لها خمسة عشر وكان للأم أربعة مضروبًا في خمسة فصار لها عشرون وكان للابنتين ستة عشر مضروبًا في خمسة ، فصار لهما[(١)] ثمانون ، والذي لم يكن يستقيم في الرد سهم مضروبًا في خمسة ، فصار خمسة للأم سهم ، وللابنتين أربعة ، فحصل للمرأة خمسة عشر ، وحصل للأم أحد وعشرون بالفرض سهم بالرد ، وحصل للابنتين أربعة وثمانون : ثمانون بالفرض ، وأربعة بالرد ، لكل واحدة اثنان وأربعون ، فعلى هذا يخرج .

(١) زيد من م .

ولهذا الوجه اختصار وهو أن تقول: بأن الأنصباء كلها تنقسم بثلث وثلث، لأن للمرأة خمسة عشر، وله ثلث صحيح، وذلك خمسة، وللأم أحد وعشرون، وله ثلث صحيح، وذلك سبعة، ولكل ابنة اثنان وأربعون، وله ثلث صحيح، وذلك أربعة عشر، فاختصر من نصيب كل واحد منهم على ثلاثة، فاختصر من نصيب المرأة على ثلاثة خمسة، ومن نصيب كل ابنة على أربعة عشر، فيكون ثمانية وعشرين، يضم إليه نصيب المرأة خمسة، فيصير ثلاثة وثلاثين، ومن نصيب الأم على ثلاثة سبعة، فيكون جملة ذلك أربعين، فصارت الفريضة بعد الاختصار أربعين للمرأة من ذلك خمسة ثمن جميع المال كما كان، وللأم سبعة، وذلك ثمن المال وخمسا ثمن المال كما كان، ولكل ابنة أربعة عشر ربع المال وخمس ربع المال كما كان، فمختصر المسألة على هذا. ولهذه المسألة تخريج آخر وهو أن يجعل الأصل من ثمانية للمرأة من ذلك الثمن سهم، ويبقى سبعة بين الأم والابنتين على خمسة لا يستقيم، ولا موافقة بينهما في شيء، فاضرب أصل الفريضة، وذلك ثمانية في خمسة، فيصير أربعين كان للمرأة سهم مضروب في خمسة، فصار لها خمسة ثمن جميع المال، والذي لم يكن يستقيم كان سبعة مضروب في خمسة، فصار خمسة وثلاثين للأم من ذلك خمسه، وهو سبعة، وللابنتين أربعة أخماس، وذلك ثمانية وعشرون لكل واحدة أربعة عشر.

وإن ترك أمًا وامرأة وثلاث بنات، فللمرأة الثمن، وللأم السدس، وللثلاث بنات الثلثان وما بقي، فيرد على الأم والبنات، وأصلها من أربعة وعشرين إلا أن سهم الرد بينهم على خمسة لا يستقيم، فيضرب أصل الفريضة وهي أربعة وعشرون في خمسة، فصار مائة وعشرين، فيحصل للمرأة خمسة عشر، وللأم أحد وعشرون، وللبنات أربعة وثمانون، لكل واحدة ثمانية وعشرون. ولهذه المسألة تخريج من وجه آخر، وهو أن يجعل الأصل من ثمانية للمرأة من ذلك سهم، ويبقى سبعة بين الأم والبنات على خمسة لا يستقيم، ولا موافقة بينهما في شيء، فاضرب أصل الفريضة وهو ثمانية في خمسة فصار أربعين كان للمرأة سهم مضروب في خمسة، فصار لها خمسة، والذي لم يكن يستقيم كان سبعة مضروبًا في خمسة، فصار خمسة وثلاثين: للأم خمسه، وذلك سبعة، ويبقى ثمانية وعشرون بين البنات على ثلاثة لا يستقيم، ولا موافقة بينهما في شيء، فاضرب أصل الفريضة، وذلك أربعون في ثلاثة، فيصير مائة وعشرين.

فإن ترك ابنة وابنة ابن، فللابنة النصف، ولابنة الابن السدس، وما بقي رد عليهما
عليهما على قدر حقوقهما على أربعة، وسهمان على أربعة، ولا يستقيم، وكان القياس
أن يضرب أصل الفريضة، وذلك ستة في عدد ما انكسر، وذلك أربعة إلا أن هنا
اختصارًا، وهو أن بين الرؤوس وسهمي الرد موافقة بنصف ونصف، فاختصر من
رؤوسهن على النصف فتحصل رؤوسهن اثنين، فهذا مبلغ الرؤوس، ثم اضرب أصل
الفريضة، وذلك ستة في مبلغ الرؤوس وذلك اثنان، فصار اثني عشر كان للابنة الصلبية
ثلاثة ضعفناها، فصار ستة، وكان لابنة الابن سهم ضعفناه، فصار لها سهمان والذي لم
يكن يستقيم بينهما سهمان ضعفناهما، فصار أربعة لابنة الابن سهم، وللابنة ثلاثة،
فحصل للابنة تسعة ستة بالفرض، وثلاثة بالرد.

ولهذا الوجه اختصار وهو أن الأنصباء كلها تتفق بثلث وثلث، لأن نصيب الابنة
تسعة، وله ثلث صحيح ثلاثة، ولابنة الابن ثلاثة وله ثلث، وذلك سهم، فاختصر من
نصيب الابنة على ثلاثة، فصار ثلاثة، ومن نصيب ابنة الابن على ثلاثة، وذلك سهم،
فيصير أربعة، فصارت الفريضة بعد الاختصار على أربعة.

فإن ترك امرأة وثلاث جدات وابنة وست بنات ابن للمرأة الثمن وللثلاث جدات
السدس وللابنة النصف ولست بنات الابن السدس، وما بقي يرد على الجدات، والابنة
وست بنات الابن، وأصلها من أربعة وعشرين إلا أن سهم الرد بين الجدات والابنة
وبنات الابن على قدر حقوقهما على خمسة لا يستقيم، فاضرب الفريضة في خمسة،
فصار مائة وعشرين هذا جميع المال كان للمرأة الثمن ثلاثة مضروبًا في خمسة، فصار لها
خمسة عشر، وكان للجدات السدس أربعة مضروبًا في خمسة، فصار لهن عشرون،
وكان للابنة اثني عشر مضروبًا في خمسة، فصار لها ستون، وكان لبنات الابن أربعة
مضروبًا في خمسة، فصار لهن عشرون، والذي لم يكن يستقيم في الرد كان سهمًا
مضروبًا في خمسة فصار خمسة بعدها سهم، وللابنة العصبية ثلاثة، ولابنة الابن
سهم، فحصل للمرأة خمسة عشر، وللجدات أحد وعشرون، وللابنة ثلاثة وستون،
ولست بنات الابن أحد وعشرون وهو بينهن على ست لا يستقيم لأن نصيبهن مع
رؤوسهن تتفق بثلث وثلث، فيكفيك أن تضعف المال، فيكون مائتين وأربعين كان
للمرأة خمسة عشر ضعفناها، فصار لها ثلاثين، وكان للجدات أحد وعشرون

الفريضة وهو اثنان وثلاثون فيما وقع الكسر فيه وهو خمسة، فيصير مائة وستين هذا جميع المال، ومنه تخرج المسألة.

مسألة التخارج:

٣٦١٦٥ - وإذا أراد الورثة أن يصالحوا مع المرأة عن نصيبها من التركة على مال معلوم، أو أرادوا أن يصالحوا مع وارث آخر من نصيبه على مال معلوم، فهذه المسألة مذكورة في كتاب الصلح في أوله إلا أنه وضع المسألة ثمة في صلح الورثة مع المرأة من ثمنها، ولجواز هذا الصلح شرائط كثيرة ذكرت في كتاب الصلح، والذي يختص بهذا الكتاب بيان كيفية قسمة الباقي بعد الصلح بين باقي الورثة، وهذا فصل لا رواية فيه عن محمد رحمه الله، ولم ينقل عن المشايخ المتقدمين فيها شيء، واختلف المتأخرون فيه: عامتهم على أنه يقسم الباقي بين بقية الورثة على السهام التي ظهرت قبل التخارج، ولا يجعل هذا الوارث بالتخارج كأن لم يكن، مثاله: إذا مات الرجل وترك امرأة وابنة وأخا لأب وأم، فصالح الابنة والأخ مع المرأة على مال معلوم، فالباقي كيف يقسم؟ فنقول: أصل المسألة من ثمانية: للمرأة من ذلك سهم، وللابنة النصف أربعة، والباقي وذلك ثلاثة للأخ، فسهم الأخ والابنة سبعة، فإذا خرجت المرأة من البين يقسم الباقي على سبعة بين الابن والأخ عند عامة المتأخرين، ولا يجعل المرأة كأن لم يكن إذ لو جعلت كأن لم يكن يقسم الباقي بين الابنة والأخ نصفان، كما لو ترك من الابتداء ابنة وأخا لأب وأم، وإنما فعلنا كذلك؛ لأن الصلح على ما هو موضوعه يجوز بدون الحق، وترك الباقي على المصالح معه، فالصلح كان مع جميع الورثة، فيصير المصالح تاركًا حقه على جميعهم، وإنما يصير ما بقي من حق المصالح متروكًا على جميع الورثة، إذا قسم الباقي على السهام التي كانت لهم قبل الصلح، أما إذا لم يقسم على تلك السهام كان الباقي عائدًا إلى بعض الورثة، وإنه لا يجوز، وبه كان يفتي الصدر الشهيد حسام الدين والقاضي الإمام عماد الدين علي الرائضي والشيخ الإمام نجم الدين النسفي، ونحن نقضي به أيضًا -والله أعلم-.

الفصل الثامن والعشرون

في تصحيح السهام

٢١١٦٦ - إذا كانت السهام على عدد الرؤوس أو مثليه أو ثلاثة أمثاله، أو ما أشبه ذلك، فهذا لا يحتاج به إلى ضرب وتصحيح. مثال الأول: إذا ترك بنتًا وأختًا لأب وأم أو لأب، أو تركت المرأة زوجًا وأختًا لأب وأم، فهذا يخرج من اثنين من غير أن يحتاج فيه إلى الضرب، ومثال الثاني: إذا تركت المرأة زوجًا وبنتًا، أو ترك الرجل زوجة وأختًا لأب وأم، فهذا يخرج من أربعة من غير أن يحتاج فيه إلى ضرب وتصحيح. ومثال الثالث: إذا ترك أمًا وابنًا، فهذا يخرج من ستة من غير أن يحتاج فيه إلى ضرب وتصحيح، وإذا ترك زوجة وابنًا، فهذا يخرج من ثمانية من غير أن يحتاج فيه إلى ضرب وتصحيح.

٢١١٦٧ - وإن وقع الكسر بأن لم تستقم سهام بعض الورثة عليهم، فذلك لا يخلو إما أن يقع الكسر على جنس واحد، أو على جنسين، أو على ثلاثة أجناس، أو على أربعة أجناس، فإن وقع الكسر على جنس واحد فهذا على وجهين: إما أن يكون بين سهامهم وعدد رؤوسهم موافقة أو لم يكن. وتفسير الموافقة أن يكون للسهام جزء صحيح كالنصف أو الثلث أو الربع، أو ما أشبه ذلك من الأجزاء، ولعدد رؤوسهم مثل ذلك، فإن لم يكن بين السهام والرؤوس موافقة، فخذ عدد من انكسر عليهم السهام، واجعل كل ابن بنتين، وكل أخ أختين، واضربه في أصل الفريضة وعولها إن كانت عائلة، فما اجتمع منه تخرج المسألة، مثاله: رجل مات، وترك أبوين وثلاث بنات، أصل المسألة من ستة، للأبوين سهمان منها، وللبنات ما بقي، وذلك أربعة، والبنات ثلاثة، وقسمة الأربعة على ثلاثة لا تستقيم، ولا موافقة بينهما، فاضرب ثلاثة في ستة، فيصير ثمانية عشر: للأبوين ستة، وللبنات اثنا عشر، لكل بنت أربعة، فتصح المسألة، ومثال آخر: رجل مات، وترك بنتًا وثلاث إخوة وأربع أخوات لأب وأم، فأصل المسألة من اثنين، فاحتجنا إلى النصف المفرد، فللابنة النصف وذلك سهم، والسهم الآخر بين

للإخوة والأخوات للذكر مثل حظ الأنثيين على عشرة أسهم، وإنه لا ينقسم ولا موافقة، فتضرب عدد الرؤوس المنكسرة، وذلك عشرة في أصل المسألة، وذلك سهمان؛ فيكون عشرين للابنة النصف، وذلك عشرة والنصف الآخر، وذلك عشرة بين الإخوة والأخوات، لكل ذكر سهمان، ولكل أنثى سهم.

٢١٦٢٨ - وإن كان بين سهامهم، وعدد رؤوسهم موافقة، فخذ الجزء الموافق من عدد رؤوسهم بعدما جعل كل ابن اثنين، وكل أخ اثنين، واضرب في أصل الفريضة وعولها إن كانت عائلة فما اجتمع، فمنه تخرج المسألة. وإذا أردت معرفة نصيب كل جنس، فخذ ما لذلك الجنس من أصل الفريضة، واضرب في الجزء الموافق من عدد الرؤوس، فما بلغ، فهو نصيب ذلك الجنس، وإذا أردت معرفة نصيب كل واحد من آحاد ذلك الجنس، فالجزء الموافق من حصتهم من أصل الفريضة نصيب كل واحد من الإناث، وللذكر ضعف ذلك، مثاله: رجل مات، وترك امرأة وبنتا وثلاثة إخوة وثلاث أخوات لأب وأم، فالفريضة من ثمانية: للمرأة الثمن سهم، وللبنت النصف أربعة، والباقي بين الإخوة والأخوات على تسعة أسهم، وقسمة ثلاثة على تسعة لا تستقيم إلا أن بين عدد الرؤوس المنكسرة، وبين نصيبهم من أصل الفريضة موافقة بالثلث، فإن لثلاثة ثلث صحيح وذلك سهم، ولتسعة ثلث صحيح، وذلك ثلاثة. فخذ الجزء الموافق من عدد الرؤوس وذلك ثلاثة، واضربه في أصل الفريضة وذلك ثمانية، فيصير أربعة وعشرين منها تخرج المسألة كان للمرأة سهم ضربناه في ثلاثة، وصار ثلاثة فلها ثلاثة، وكان للبنت أربعة ضربناها في ثلاثة، فكان اثني عشر، فلها ذلك، وكان للإخوة والأخوات ثلاثة ضربناها في ثلاثة، فكان تسعة، وإنه مستقيم على الإخوة والأخوات على تسعة لكل أخت سهم، ولكل أخ سهمان، وكان نصيب الأخت مثل الجزء الموافق من حصتهم، وذلك سهم، وللأخ ضعفه وذلك سهمان.

مسألة أخرى: رجل مات، وترك أبوين وابنين وابنتين، أصل المسألة من ستة للأبوين سهمان والباقي، وذلك أربعة بين الابنين والبنتين على ستة، وقسمة أربعة على ستة لا يستقيم إلا أن بين السهام، وعدد الرؤوس موافقة بالنصف، فخذ الجزء الموافق من عدد الرؤوس، وذلك ثلاثة، واضربه في أصل الفريضة، وذلك ستة، فيصير ثمانية عشر كان للأبوين سهمان ضربناه في ثلاثة، فصار ستة، فلهما ذلك، وكان للابنين

وابنين أربعة ضربناها في ثلاثة، فصار اثني عشر فقسمنا عليهم على ستة: لكل ابن أربعة، لكل بنت سهمان، ونصيب الابن ضعف ذلك. قال القاضي الإمام الكبير الشهيد عبد الواحد: ولو ضربنا نصحح في ثمانية، تخرج المسألة من اثنين وسبعين، أشار إلى أنه وإن كان بين السهام وعدد الرؤوس موافقة لو ضربنا جميع عدد الرؤوس في أصل الفريضة، كان مستقيماً.

٢٤١٦٩-وأما إن وقع الكسر على جنسين مختلفين، فهو على وجوه: الأول: أن لا يكون بين السهام والرؤوس موافقة، وإنه أنواع: أحدها: أن يكون بين أعداد رؤوسهم مماثلة نحو ثلاثة ثلاثة وأربعة وأربعة، وفي هذا النوع يؤخذ واحد من أعداد الرؤوس، ويضرب في أصل الفريضة وعولها إن كانت عائلة فما اجتمع، فمنه تخرج المسألة، مثاله: إذا هلك الرجل، وترك ثلاث نسوة وثلاثة بنين، فأصل المسألة من ثمانية. للنسوة سهم، ولا يستقيم عليهن، وللبنين سبعة، ولا يستقيم عليهم، وأعداد الرؤوس مماثلة ثلاثة ثلاثة. فخذ أحد عدد الرؤوس، وذلك ثلاثة، واضربها في أصل المسألة، وذلك ثمانية للنسوة، فيصير أربعة وعشرين، للنسوة الثمن ثلاثة، لكل واحدة منهن سهم، وللبنين أحد وعشرون، لكل ابن سبعة.

النوع الثاني: أن لا يكون أعداد رؤوسهم متماثلة، ولا يكون بين أعداد الرؤوس موافقة، ولا بين السهام والرؤوس موافقة، فإن كان أعداد رؤوسهم متداخلة، ومعناه أن يكون أحد العددين مثل نصف عدد الآخر، وأقل من نصف عدده إلا [أنه إذا زدت عليه مثليه أو أمثاله يبلغ العدد الأكثر، وفي هذا النوع خذ][1] العدد الأكثر، واضربه في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة، فمنه تخرج المسألة، مثاله: إذا هلك الرجل، وترك ثلاث نسوة وست بنين، أصل المسألة من ثمانية: للنسوة سهم، لا يستقيم عليهن، وللبنين سبعة لا يستقيم عليهم أيضاً إلا أن عدد النسوة داخل في عدد البنين، فخذ عدد البنين، وذلك ستة، واضربه في أصل الفريضة، وذلك ثمانية، فيصير ثمانية وأربعين. للنسوة ستة، لكل واحدة سهمان، وللبنين اثنان وأربعون، لكل ابن سبعة، فيستقيم التخريج.

النوع الثالث: أن يكون أعداد رؤوسهم متباينة، ومعناه أن يكون أحد العددين

---

(١) زيد من م وف

أكثر من نصف العدد الآخر، أو أقل منه إلا أنه إذا زدت عليه مثليه أو أمثاله يزيد على العدد الآخر، وفي هذا النوع خذ أحد العددين، واضربه في الآخر، فما اجتمع من عدد الرؤوس، فاضربه في أصل الفريضة، فما اجتمع، فمنه تخرج المسألة، مثاله: رجل مات، وترك ثلاث أخوات لأب وأم وأختين لأم، فأصل المسألة من ثلاثة: سهمان للأخوات لأب وأم لا يستقيم عليهن، وسهم للأختين لأم لا يستقيم عليهما، فتضرب أحد العددين، وذلك اثنان في العدد الآخر، وذلك ثلاثة فيصير ستة، ثم يضرب الستة في أصل الفريضة، فيصير ثمانية عشر، كان للأخوات لأم وأب سهمان، ضربناها في ستة، فكان اثني عشر، يقسم عليهن أصاب كل واحدة أربعة، وكان للأختين لأم سهم واحد ضربناه في ستة، فيكون ستة يقسم عليهما، فأصاب كل واحدة ثلاثة أسهم، ومن المشايخ من زاد على ما قلنا، فقال: وأما إذا كانت الأعداد متفقة، وتفسيره أن يكون أحد العددين أكثر من الآخر، ولكن الأقل ليس بجزء للأكثر إلا أن بينهما موافقة بجزء واحد أو بأجزاء، فالموافقة بجزء واحد كستة مع خمسة عشر، فإن الأقل ليس بجزء للأكثر، ولكن بينهما موافقة بالثلث، فكانا متفقين من هذا الوجه، والموافقة بأجزاء كالستة مع اثني عشر، فإنهما غير متداخلين، لأنه إذا زدت على الأقل أمثاله يزيد على الأكثر، ولكن بينهما موافقة بالنصف والسدس والثلث، وعبارة بعضهم في تفسير المتداخلة أن يكون أحد العددين أكثر من الآخر، ولكن الأقل جزء من الأكثر، نحو ثلاثة وتسعة وأربعة واثني عشر، ومعرفة كون الأقل جزءاً من الأكثر بإحدى علامات ثلاث، بأنك إذا نقصت عن الأكثر أمثال الأقل، يفنى به الأكثر، وإذا زدت على الأقل أمثال الأكثر، يبلغ عدد الأكثر، وإذا قسمت الأكثر على الأقل يكون مستقيماً للأكثر به

الوجه الثاني: إذا وقع الكسر على جنسين مختلفين، ولا موافقة بين سهام كل فريق، وأعداد رؤوسهم إلا أن بين أعداد رؤوس الفريقين موافقة، ففي هذا الوجه خذ الجزء الموافق مع أحد العددين، واضربه في كل العدد الآخر، فما اجتمع منه، فاضربه في أصل الفريضة وعولها إن كانت عائلة، فمنه تخرج المسألة، مثاله: رجل هلك، وترك أربع نسوة وست بنين أصل المسألة من ثمانية: للنسوة سهم، وذلك لا يستقيم عليهن، وللبنين سبعة، وذلك لا يستقيم عليهن إلا أن بين أعداد الرؤوس موافقة بالنصف، فنأخذ نصف أحد العددين، وضربه في كل العدد الآخر، فيصير اثني عشر، فاضرب اثني عشر

في أصل الفريضة، وذلك ثمانية، فيصير ستة وتسعين: للنسوة الثمن اثني عشر كل واحدة ثلاثة، وللبنين أربعة وثمانون حصة كل واحدة منهم أربعة عشر، فيستقيم التخريج.

الوجه الثالث: إذا وقع الكسر على جنسين مختلفين وبين سهام كل فريق وعدد رؤوسهم موافقة، وفي هذا الوجه لا يطلب الموافقة بين أعداد الرؤوس، ويؤخذ جزء الموافق من رؤوس كل فريق، وينظر إلى الجزئين: فإن كانا متماثلين يؤخذ أحدهما، ويضرب في أصل الفريضة، وإن كانت عائلة، ففي عولها، فما اجتمع فمنه تخرج المسألة، مثاله: رجل مات، وترك أماً، وعشر أخوات لأب وأم وعشر أخوات لأم، أصل المسألة من ستة: للأم السدس، وذلك سهم، وللأخوات لأب وأم الثلثان، وذلك أربعة وللأخوات لأم الثلث، وذلك سهمان، فعالت إلى سبعة، فما أصاب الأخوات لأم لا يستقيم عليهن، ولكن بين سهامين، وعدد رؤوسهن موافقة بالنصف أيضاً، فأخذنا نصف رؤوس كل فريق، فوجدناهما متماثلين خمسة خمسة، فضربنا أحد الخمسين في أصل الفريضة مع عولها سبعة، فيصير خمسة وثلاثين، فمنه تخرج المسألة، كان للأم سهم مضروباً في خمسة، فيكون لها ذلك، وكان للأخوات لأب وأم أربعة مضروبة في خمسة، فذلك عشرون، فيستقيم عليهن نصيب كل واحدة سهمان، وكان للأخوات لأم سهمان مضروباً في خمسة، فذلك عشرة يقسم عليهن نصيب كل واحدة سهم، فيستقيم التخريج، هذا إذا كان الجزءان متماثلين، وإن كان أحدهما متداخلان في الآخر، فخذ العدد الأكثر، واضربه في أصل الفريضة وعولها إن كانت عائلة، فما اجتمع، فمنه تخرج المسألة.

٢١١٧٠ - إذا هلك الرجل، وترك امرأة وست عشر أخوات لأب وأم وست عشر أخوات لأم، أصل المسألة من اثني عشر، وعالت إلى خمسة عشر: للمرأة الربع ثلثه وللأخوات لأب وأم الثلثان ثمانية، وإنها لا تستقيم عليهن، ولكن بينهما وبين عدد رؤوسهن موافقة بالربع، فأخذنا ثمن عددهن، وذلك اثنان وللأخوات لأم الثلث أربعة، وإنه لا تستقيم عليهن، ولكن بينهما وبين عدد رؤوسهن موافقة بالثمن، فأخذنا ربع

عددهن، وذلك أربعة[1]، فحصلت الأعداد أربعة واثنان واثنان داخلتان في الأربعة، فضربنا الأربعة في الفريضة مع عولها، وذلك خمسة عشر، فتصير ستون كان للمرأة ثلاثة مضروبة في أربعة كان اثني عشر، فذلك للمرأة، وكان للأخوات لأب وأم ثمانية مضروبة في أربعة، فذلك اثنان وثلاثون يقسم عليهن نصيب كل واحدة منهن سهمان، وكان للأخوات لأب أربعة مضروبة في أربعة، وذلك ستة عشر يقسم عليهن نصيب كل واحدة بينهم، فيستقيم التخريج.

وإن كان متباينين، فخذ أحد الجزئين، واضربه في الجزء الآخر فما اجتمع، فاضربه في أصل الفريضة مع عولها إن كانت عائلة: فما اجتمع فمنه تخرج المسألة، مثاله: إذا هلك رجل، وترك أمًا وأربع أخوات لأم وست أخوات لأب وأم أصل الفريضة من ستة عالت إلى سبعة، للأم السدس سهم، وللأخوات لأب وأم الثلثان أربعة لا يستقيم عليهن، ولكن بينهما وبين أعداد رؤوسهن موافقة بالنصف، وللأخوات لأم الثلث سهمان، ولا يستقيم عليهن أيضًا، وبين أعداد رؤوسهن موافقة بالنصف، فأخذنا نصف عدد كل فريق، فحصل الأعداد ثلاثة واثنان، والاثنان لا يتداخلان في الثلاثة، فضربنا أحدهما في الآخر، فصار ستة، ثم ضربنا ستة في أصل الفريضة مع عولها، وذلك سبعة، فصار اثنين وأربعين، فمنه تخرج المسألة، كان للأم سهم مضروبٌ في ستة، فصار لها ستة، وكان للأخوات لأب وأم أربع مضروبًا في ستة، فذلك أربعة وعشرون حصة كل واحدة أربعة، وكان للأخوات لأم سهمان مضروبًا في ستة، وذلك اثنا عشر حصة كل واحد منهن ثلاث، فاستقام التخريج.

٢١١٧١- وإن كان الجزءان متوافقين، فخذ الجزء الموافق من أحد الجزئين، واضربه في كل الجزء الآخر، فما اجتمع، فاضربه في أصل الفريضة مع عولها إن كانت عائلة، فما اجتمع فمنه تخرج المسألة، مثاله: إذا هلك الرجل وترك امرأة وثماني عشر أخوات لأب وأم وثنتي عشر جدة، فأصل الفريضة من اثني عشر عالت إلى ثلاثة عشر للمرأة ثلاثة وللأخوات لأب وأم ثمانية، وإنه لا يستقيم عليهن، ولكن بينهما وبين رؤوسهن موافقة بالنصف، فأخذنا نصف عددهن وذلك تسعة، وللجدات سهمان

---

(١) وفي الأصل "اثنان".

صورة أخرى: رجل هلك، وترك خمس جدات، وثلاث بنات، وابني ابن، وثلاث بنات ابن. أصل المسألة من ستة. للجدات السدس سهم، ولا يستقيم عليهن، وللثلاث بنات الثلثان أربعة لا يستقيم عليهن أيضاً، ولأولاد الابن سهم بينهم على سبعة، ولا يستقيم عليهم، فيضرب أعداد الرؤوس بعضها في بعض بضرب خمسة في ثلاثة فيصير خمسة عشر، ثم يضرب خمسة عشر، ثم يضرب خمسة عشر في سبعة، فيصير مائة وخمسة، ثم يضرب مبلغ الرؤوس في ستة، فيصير ستمائة وثلاثين، ويوجه التخريج على نحو ما في القسم الأول. وإن كان بين السهام وعدد الرؤوس موافقة، أو كانت الموافقة بين سهام البعض وعدد رؤوسهن، أو كانت الموافقة بين أعداد الرؤوس، فاعمل فيها على نحو ما بينا فيما تقدم.

بيان ذلك من المسائل:

٢١٧٢ - رجل مات، وترك ثلاث جدات وثنتي عشرة بنتاً وابني ابن وابنتي ابن. أصل المسألة من ستة: للجدات السدس، وإنه لا يستقيم عليهن. وللبنات الثلثان أربعة، وهو لا يستقيم عليهن أيضاً، ولأولاد الابن السهم الباقي فقط، وهو ينقسم على ستة، ولا يستقيم عليهم أيضاً إلا أن بين رؤوس البنات وسهامهن موافقة بالربع، فخذ ربع رؤوسهن، وذلك ثلاثة، ورؤوس الجدات أيضاً ثلاثة، فهما عددان متساويان، فاكتف بأحدهما. فحصل رؤوس البنات والجدات ثلاثة، ورؤوس أولاد الابن ستة، وبين ثلاثة وستة موافقة بالثلث، فخذ الثلث من أحدهما، واضربه في جميع الآخر، وخذ الواحد واضربه في ستة، أو خذ الاثنين واضربهما في ثلاثة، فيصير ستة على كل حال، وهذا هو مبلغ الرؤوس، ثم اضرب مبلغ الرؤوس، وذلك ستة في أصل الفريضة وذلك ستة، فيصير ستة وثلاثين، ومنها تصح، فإذا كان للجدات سهم مضروب في ستة، فيكون ستة لكل واحدة سهمان، وكان للبنات أربعة مضروبة في ستة، فيكون أربعة وعشرون لكل واحد سهمان، وكان لأولاد الابن سهم مضروب في ستة، فيكون لكل ذكر سهمان، ولكل أنثى سهم.

٢١٧٣ - ولو ترك أربع جدات وثنتي عشرة بنتاً وابني ابن وابنتي ابن، أصل المسألة

لثلث سهمان، فلا يستقيم عليهم، وللإخوة والأخوات لأب وأم ما بقي، وذلك ثلاثة أسهم على اثني عشر؛ لأنهم اثنى عشر معنى، ولا يستقيم ذلك عليهم أيضًا غير أن بين عدد رؤوس الإخوة والأخوات لأب وأم وبين سهامهم موافقة بالثلث، فيكتفي من رؤوسهم بالثلث، وذلك أربعة، فصار رؤوسهم أربعة، ورؤوس الجدات أيضًا أربعة ورؤوس الإخوة لأم أربعة، فيأخذ أحد الأرباع، ويضربها في أصل الفريضة ستة، فيصير أربعة وعشرين، فهذا هو جملة المال كان للجدات سهم مضروب في أربعة، فكان أربعة لكل واحدة سهم وكان للإخوة لأم سهمان مضروبان في أربعة، فكان ثمانية لكل واحد سهمان، وكان للإخوة والأخوات لأب وأم ثلاثة مضروبة في أربعة، فكان اثنى عشر يقسم بينهم على اثنى عشر لكل ذكر سهمان، ولكل أنثى سهم.

٢١١٧٦-ولو أن امرأة هلكت، وتركت زوجًا وثلاث جدات وست أخوات لأم أربعة وعشرين أختًا لأب وأم، فإن للجدات السدس سهم من ستة، وللزوج النصف ثلاثة، وللإخوة لأم الثلث سهمان، وللأخوات لأب وأم الثلثان أربعة، فجملة ذلك عشرة، عالت بأربعة، وما أصاب الجدات والأخوات لأم والأخوات لأب وأم لا يستقيم على رؤوسهن غير أن بين عدد رؤوس الأخوات لأب وأم وبين سهامهن موافقة بالربع، فنأخذ الربع من عدد رؤوسهن، وذلك ستة، فصار رؤوسهن ستة ورؤوس الأخوات لأم أيضًا ستة وهما عددان متماثلان، فيكتفي بأحدهما، ويطرح الآخر، فصار رؤوس جملة الأخوات ستة ورؤوس الجدات ثلاثة، فبينهما موافقة بالثلث، فنأخذ ثلث أحدهما، ونضربه في كل الآخر، واحد في ستة أو اثنان في ثلاثة، وكيف ما كان يكون ستة، ثم يضرب ستة في مبلغ الفريضة، وذلك عشرة، فيصير ستين فمنه تخرج المسألة.

وإذا وقع الكسر على أربعة أجناس مختلفة، ولم يكن بين السهام والرؤوس موافقة، ولا بين أعداد الرؤوس موافقة، فإنه يضرب الرؤوس بعضها في بعض، ثم مجتمع يضرب في أصل الفريضة وعولها إن كانت عائلة، فما اجتمع يخرج منه المسألة.

مسألة رجل هلك، وترك امرأتين وثلاث جدات وخمس أخوات لأم وثلاث إخوة وأخت لأب أو لأب وأم، أصل الفريضة من اثني عشر، للمرأتين الربع وذلك ثلاثة، وإنه لا يستقيم عليهما، وللجدات السدس سهمان، ولا يستقيم ذلك عليهن، وللأخوات لأم الثلث أربعة، ولا يستقيم عليهن، وللإخوة والأخت لأب أو لأب وأم ما

الفصل التاسع والعشرون

في المناسخة

٢١٧٧ - صورة المناسخة : أن يموت الرجل أو المرأة ، ويترك ورثة ، ثم يموت بعض ورثته قبل قسمة التركة ، ويترك ورثة ، ثم يموت بعض ورثة الميت الثاني قبل القسمة ، ويترك ورثة ، والحكم فيه أنه إن كان في ورثة الميت الثاني من كان ورثة الميت الأول ، ولا تغير في القسمة تقسم قسمة واحدة ؛ لأنه لا فائدة في التكرار . مثاله : إذا مات الرجل ، وترك بنين وبنات ، ثم مات أحد الابنين أو إحدى البنات ، ولا وارث له سوى الإخوة والأخوات ، فإن قسمة التركة بين الباقين على صفة واحدة للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن كان في ورثة الثاني من لم يكن وارثة الميت الأول ، فإنه يقسم تركة الميت الأول ليتعين نصيب الميت الثاني . ثم يقسم تركة الميت الثاني ، فإن كان نصيبه من فريضة الميت الأول يستقيم على فريضته ، فهذا لا يحتاج فيه إلى الضرب والتصحيح ، مثاله : إذا ماتت المرأة عن زوج وابن وبنت ، ثم مات الابن قبل القسمة عن ابنين ، فالفريضة الأولى من أربعة للزوج الربع سهم ، وللابن سهمان ، وللبنت سهم ، والفريضة الثانية من اثنين ، ونصيب الميت الثاني من الميت الأول سهمان يستقيم نصيبه على فريضته .

مثال آخر : إذ ماتت امرأة ، وتركت زوجًا وبنتًا وعصبة ، ثم ماتت الابنة قبل القسمة ، وتركت زوجًا وعصبة ، فالفريضة الأولى من أربعة للزوج الربع سهم ، وللابنة النصف سهمان ، والباقي للعصبة ، والفريضة الثانية من اثنين للزوج النصف ، والباقي للعصبة ، ونصيب الميت الثاني من الميت الأول اثنان ، فيستقيم نصيبها على فريضتها . وكذلك ينظر إلى نصيب الميت الثالث من الميت الأول والثاني ، إن كان يستقيم على فريضته لا يحتاج فيه إلى ضرب وتصحيح ، وإن كان لا يستقيم نصيب الميت الثاني على فريضته ، فإن كان بين فريضته ونصيبه من الميت الأول موافقة ، فاضرب وفق فريضته في فريضة الميت الأول ، فما اجتمع صحت منه المسألة . مثاله : إذا تركت المرأة زوجًا وبنت

وعصبة، ثم ماتت البنت، وتركت زوجًا وبنتًا وعصبة، فالفريضة الأولى من أربعة للزوج الربع سهم، وللبنت سهمان، والباقي للعصبة، ونصيب الميت الثاني من الميت الأول سهمان لا يستقيمان على أربعة إلا أن بين نصيب الميت الثاني وبين فريضة موافقة بالنصف، فيضرب وفق فريضة الميت الثاني وذلك اثنان في فريضة الميت الأول، وذلك أربعة، فيصير ثمانية، كان لزوج الميت الأول سهم من أربعة صار مضروبًا في اثنين، فيكون اثنين وذلك له، وكان للبنت سهمان صارا مضروبين في اثنين، فيكون أربعة، وإنه يستقيم على فريضتها ومابقي، وذلك سهمان، فهو لعصبة الميت الأول، وإذا أردت معرفة نصيب كل واحد من ورثة الميت الأول من التركتين، فله طريقان. أحد الطريقين: أن يقال: كان له كذا من تركة الميت الأول، وصار مضروبًا في كذا، كما قلنا في هذه المسألة، الطريق الثاني: أن تضرب ما أصابه من تركة الميت الأول في الجزء الموافق من فريضة الميت الثاني، بيانه في هذه المسألة: إذا أردنا معرفة نصيب الزوج أخذنا ما أصابه من الميت الأول، وضربناه في الجزء الموافق من فريضة الميت الثاني، وذلك سهمان، فيكون أربعة.

مثال آخر: إذا مات الرجل عن ابن وبنت، ثم مات الابن قبل القسمة عن بنت وامرأة وثلاث بني ابن، فريضة الميت الأول من ثلاثة، فقد مات الابن عن سهمين من ثلاثة، وفريضة الابن من ثمانية للمرأة الثمن سهم، وللابنة النصف أربعة، ولابني ابن الميت الثاني ثلاثة، وقسمة سهمين على ثمانية، ولكن بين ثمانية وبين سهمين موافقة بالنصف فنضرب النصف من فريضة الميت الثاني، وذلك أربعة في فريضة الميت الأول، فيصير اثني عشر، فمنه تصح المسألة، وطريق معرفة نصيب كل واحد على ما ذكرنا في المسألة الأولى، فيقال: على الطريق الثاني كان للابن سهمان من فريضة الميت الأول ضربه في وفق فريضة الميت الثاني، وذلك أربعة، فصار ثمانية، وإنه يستقيم على ورثته لابنته النصف أربعة، ولامرأته الثمن سهم، والباقي وذلك ثلاثة بين بني الابن ثلاثًا لكل واحد سهم، وكان للابنة الميت الأول من فريضة الميت الأول سهم من ثلاثة، فصار مضروبًا في أربعة، فذلك أربعة، فجملة ذلك اثني عشر

٢٦٤٧٨ - وكذلك لو مات بعض ورثة الميت الثاني ونصيبه لا يستقيم على فريضته، ولكن بين نصيبه وفريضة موافقة، فاضرب وفق نصيبه في الفرض التي قبلها، فما اجتمع

مات الابن، وترك ابنة وزوجاً وهذا العم، وخرج المسألة من ستة عشر، والوجه في ذلك أن نقول: بأن نضرب فريضة الميت الأول من اثنين، وفريضة الميت الثاني من اثنين أيضاً، فصار أربعة كان للميت الثاني من تركة الميت الأول سهم، وإنه لا يستقيم على فريضته ولا موافقة، فضربنا في فريضة الميت الثاني، وذلك سهمان في كل فريضة الميت الأول، وذلك سهمان أيضاً، فصارا أربعة كان للميت الثاني من تركة الميت الأول سهم، وقد صار مضروباً في سهمين، فذلك سهمان، وإنه يستقيم على ورثته للبنت سهم، وللأخ سهم، فحصل في يد ابن الميت الأول، وهو أخ الميت الثاني من التركتين جميعاً ثلاثة، وفريضة الميت الثالث من أربعة، ونصيبه سهم، وإنه لا يستقيم على فريضته، ولا موافقة أيضاً، فضربنا فريضته، وذلك أربعة في الفريضة المتقدمين، وذلك أربعة، فيصير ستة عشر كان لبنت الميت الثاني سهم مضروباً في أربعة، وإنه يستقيم على ورثتها للزوج سهم، وللابنة سهمان، وللعم سهم، وكان في يد أخ الميت الثاني: وهو عم الميت الثالث ثلاثة، فصارت مضروبة في أربعة، فذلك اثني عشر، فهو له، وله من الميت الثاني سهم، فصار ثلاثة عشر، وللزوج للميت الثالث سهم من أربعة، ولبنت الميت الثالث النصف سهمان، فاستقام التخريج، وهذا هو القياس بخرج[1] جنس هذه المسائل.

وبعض مشايخنا خرجوا هذه المسألة من أربعة وعشرين، ووجه ذلك أن فريضة الميت الأول من سهمين، وإنما مات أحد الابنين عن سهم، وفريضته من سهمين أيضاً للابنة النصف، والباقي للأخ، وقسمة سهم على سهمين لا يستقيم، فيضرب سهمين في سهمين، فيصير أربعة، ثم ماتت الابنة عن زوج وأم وعم، فيكون فريضتها من ستة للزوج النصف ثلاثة، وللأم الثلث سهمان والباقي، وذلك سهم للعم، ونصيب الابنة من الميت الثاني سهم، وقسمة سهم على ستة لا يستقيم، ولا موافقة، فيضرب فريضة الابنة، وذلك ستة في الفريضة المتقدمة، وذلك أربعة، فيكون أربعة وعشرين، منه تصح المسألة نصيب كل واحد من ابني الميت الأول اثنا عشر، فإنما مات أحد ابني الميت الأول من اثنا عشر، وإنه يستقيم على فريضة لابنته ستة، ولأخته ستة، فحصل في يد الباقي من ابني الميت الأول من تركة الميت الأول اثني عشر، ومن تركة أخيه ستة، فجملته ثمانية، وحصل في يد ابنة الميت الثاني من تركة ابنه ستة، فإنما ماتت الابنة من

---

(١) وفي م: مخرج.

ستة، وفريضتها يستقيم، للزوج ثلاثة، وللأم سهمان، وللعم ما بقي، وذلك سهم.

٢١١٨٠ - رجل مات، وترك ابنين وأبوين، فمات أحد الابنين [عن ابنة ومن تركة الميت الأول، وهو أخ وجد وجدة، فنقول: فريضة الميت الأول من ستة للأبوين السدسان والباقي وهو أربعة بين الابنين، ثم مات أحد الابنين](١) عن سهمين، وخلف بنتا وجدا وجدة وأخا، فالفريضة من ستة للابنة النصف ثلاثة وللجدة السدس سهم والباقي، وهو سهمان بين الجد والأخ بالمقاسمة نصفين في قول زيد، وقسمة السهمين على ستة لا يستقيم، ولكن بينهما موافقة بالنصف، فيختصر على النصف وهو ثلاث، ثم تضرب بالفريضة الأولى، وذلك ستة في ثلاثة، فيكون ثمانية عشر، منه تصح المسألة، ومعرفة نصيب ابنة أن تضرب نصيبها وهو ثلاثة، ثم تضرب الفريضة الأولى، وذلك ستة في ثلاثة، فيكون ثمانية عشر منه تصح المسألة، ومعرفة نصيب الميت الثاني أن يأخذ نصيبه من تركة الميت الأول، وذلك سهمان تضربه في الجزء الموافق من فريضته، وذلك ثلاثة، فيكون ستة، ومعرفة نصيب ابنه أن تضرب نصيبه، وهو ثلاثة في الجزء الموافق من نصيب الميت الثاني، وذلك سهم، فيكون ذلك ثلاثة، فهي لها، وللجدة سهم، والباقي بين الجد والأخ بالمقاسمة نصفان

٢١١٨١ - رجل مات، وترك امرأة وابنتين له منها وأبوين، فماتت إحدى الابنتين عن زوج، ومن تركه الميت الأول وهو جدها أب أبيها وجدتها أم الأب وأمها وأختها لأب وأم، فريضة الميت الأول أصله من أربعة وعشرين وقسمته من سبعة وعشرين ثم ماتت إحدى الابنتين عن ثمانية أسهم، وإنما يستقيم فريضتها من ستة في الأصل للزوج النصف ثلاثة، وللأم الثلث سهمان، وللجد السدس سهم، وللأخت النصف ثلاثة تعول بثلاثة، فيكون من تسعة، ثم ما أصاب الجد والأخت يقسم بينهما أثلاثا، فتضرب تسعة في ثلاثة، فيكون سبعة وعشرين منه تصح المسألة، ولا موافقة بين سبعة وعشرين وثمانية في شيء، فالسبيل أن يضرب الفريضة الأولى في الفريضة الثانية، فتصح المسألة، والطريق في التخريج ما بينا.

٢١١٨٢ - رجل مات، وترك امرأة وأبوين وثلاث أخوات متفرقات، فلم يقسم

(١) سقط من ب وم.

تركته حتى ماتت الأم، وخلفت من خلف الميت الأول، فلم يقسم التركة حتى مات الأب وخلف امرأة، ومن خلف الميت الأول، فلم يقسم التركة حتى ماتت الأخت لأم وأب، وخلفت زوجًا، ومن خلفه الأولون، فلم يقسم التركة حتى ماتت الأخت لأب، وخلفت زوجًا وبنين، ومن خلفه الأولون، فلم يقسم التركة حتى ماتت الأخت لأم وثلاث بنات وأبوين يقول قوله: خلفت الأخت لأم زوجًا وثلاث بنات وأبوين غلط وقع من الكاتب؛ لأنه ذكر في وضع المسألة: أن الأم ماتت كيف يستقيم قوله: بعد ذلك خلفت أبوين، وإنما الصحيح خلفت زوجًا وأمًا وثلاث بنات، ثم وجه التخريج أن فريضة الميت الأول من اثني عشر سهمًا للمرأة الربع ثلاثة، وللأم السدس سهمان، والباقي وهو سبعة أسهم للأب، ولا شيء للأخوات، ثم إن الأم ماتت عن زوج وابنتين، فإن الأخت لأب وأم والأخت لأم ابنتاها، فلهما الثلثان وللزوج الربع أصله من اثني عشر إلا أن بين نصيبها وهو سهمان، وبين سهام فريضتها موافقة بالنصف، فيختصر على النصف وهو ستة، ثم يضرب اثني عشر في ستة، فيكون اثنين وسبعين، كان لها سهمان ضربناهما في ستة، فيكون اثني عشر للزوج ثلاثة، وكان له من الفريضة الأولى سبعة ضربناها في ستة، فيكون اثنين وأربعين، فحصل له من التركتين خمسة وأربعون، ثم مات الأب عن امرأة وابنتين وهما الأخت لأب وأم والأخت لأب، فيكون فريضته من أربعة وعشرين للمرأة الثمن ثلاثة، وللابنتين الثلثان ستة عشر وقسمة خمسة وأربعين على أربعة وعشرين لا يستقيم، ولكن بينهما موافقة بالثلث، فيختصر على الثلث وهو ثمانية، ثم يضرب اثنان وسبعون في ثمانية، فيكون خمسمائة وستة وسبعين، وهكذا يعتبر في تركة كل ميت، فيعتبر الاختصار والضرب إلى أن ينتهي في الحساب إلى تسعة وثلاثين ألفًا وثلاثمائة واثني عشر، فمن ذلك يصح المسألة إذا تأملت، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل -والله أعلم-.

الفصل الثلاثون
في ذوي الأرحام

٢١١٨٣- قال عامة أصحاب رسول الله ﷺ: ذوي الأرحام يرث بعضهم من البعض، وإنهم مؤخرون عن أصحاب الفرائض والعصبات لا يرثون مع أحد منهم إلا مع الزوج والزوجة، فإنهما يأخذان حصتهما، والباقي لذوي الأرحام، قال زيد بن ثابت رضي الله عنه: لا ميراث لذوي الأرحام، ويوضع المال في بيت المال، وعلماؤنا أخذوا بقول عامة الصحابة رضي الله عنه وذوي الأرحام من لا فرض له ولا تعصيب له من الأقرباء، والحكم فيهم إذا انفرد واحد منهم يستحق جميع المال، وهذا لأن ذوي الأرحام يرثون على سبيل التعصيب من وجه؛ لأنهم يرثون بالقرابة من الميت، وليس لهم سهم مقدر، والعصبة من كل وجه ذكر يدلي إلى الميت بعصبة ذكر، ولا يكون له سهم مقدر، ففي حق ذوي الأرحام إن لم يوجد الذكورة الأولى إلى الميت بعصبة ذكر وجد المعنى الآخر، وهو أنه قريب ليس له سهم مقدر، فكانوا عصبة من وجه، فهو معنى قولنا: إن ذوي الأرحام يرثون بالتعصيب من وجه، فيعتبر بمن يرث بالتعصيب من كل وجه، وإنه يستحق جميع المال إذا انفرد، فكذا ههنا.

ثم هم في الحاصل أصناف: صنف ينتمي إلى الميت وهو الساقط من ولد الولد، وإنما اعتبرنا الساقط؛ لأن ولد الولد على ضربين: ثابت: وهو من جملة أصحاب الفرائض وهو بنت الابن أو هو من جملة العصبات، وهو ابن الابن. وساقط: وهو داخل في جملة ذوي الأرحام وهو ولد البنت ذكراً كان أو أنثى. وصنف ينتمي إلى أبوي الميت كبنات الإخوة لأب وأم أو لأب وأولاد الإخوة لأم وأولاد الأخوات كلها، وصنف ينتمي إلى جد الميت كالأعمام لأم وأولادهم والعمات وأولادهن والأخوال والخالات وأولادهم وبنات الأعمام لأب وأم أو لأب، وصنف ينتمي إلى أبوي جد الميت، وهم أعمام الأب والأم وعماته وأخواله وخالاته وأعمام لأم كلهم، وعماتها وأخوالها وخالاتها وأولادهم، وأولاهم بالميراث الصنف الأول، وإن كان أبعد حتى إنه إذا ترك

وذلك أربعة، فيصير اثنى عشر، فمنها تخرج المسألة، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل، ومشايخ بخارى أخذوا بقول أبي يوسف رحمه الله في جنس هذه المسألة - والله أعلم - .

ومما يتصل بهذا الفصل

بيان ميراث من له قرابتان من أولاد البنات:

٢١١٨٦ - اعلم بأنه قد يجتمع للواحد من أولاد البنات قرابتان، صورة هذا: أن يكون لرجل بنتين لإحدى ابنتيه ابنة، وللأخرى ابن، فزوج ابن الابنة ابنة الابنة، فحدث بينهما ابنة، ثم مات الرجل الذي له ابنتان، وترك هذه، فهذه بنت بنت بنت الرجل، وهي أيضًا ابنة ابن ابنته، فكان لها قرابتان، وللرجل بنت بنت بنت أخرى لها قرابة واحدة، ذكر شيخ الإسلام في شرحه أن على قول أبي يوسف رحمه الله: القسمة على الأبدان لا على الآباء وبدنهما متفق، فإن كان كل واحدة منهما أنثى، فيكون المال بينهما نصفان، وكان لا يورث التي لها قرابتان من وجهين، ولا يرجحها على الأخرى.

وكان يجب أن يرجح ذو قرابتين على الأخرى كأخوين أحدهما لأب وأم، والآخر لأب، كان المال كله للأخ لأب وأم، لأنه ذو قرابتين من جنس واحد هنا، ونورثها من وجهين أنه لم يترجح على التي لها قرابة واحدة، كما قالوا: في ابني عم أحدهما أخ لأم يورث الذي له قرابتان من وجهين، السدس بالفرض لقرابة الأم، والباقي بينهما نصفان لقرابة الأب، وههنا لم يترجح ذو قرابتين على التي لها قرابة واحدة، ولا ورثها من وجهين لقرابتين إلا أن الجواب عنه أن الترجيح متعذر، والتوريث من وجهين متعذر.

أما ترجيح ذي قرابتين على التي لها قرابة واحدة متعذر، وذلك لأن الترجيح إنما يقع بالزيادة من جنس العلة إذا كانت الزيادة لا يصلح علة بنفسه، كما في أخوين لأب وأم، والآخر لأب اعتبر قرابة الأم ترجيحًا، لأن الجنس واحد، من الكل قرابة إخوة، وقرابة الأم لو انفردت، لم يصلح سببًا للتعصيب بحال، فاعتبر ترجيحًا في العصوبة، وأما إذا كانت من جنس العلة، وهو بحيث لو انفردت، صلح علة بنفسها، فإنه لا يصلح للترجيح كعدد الجراحات في باب القتل، وكزيادة ملك النصيب في باب الشفعة، وكما

لو ترك ابني عم أحدهما معتق، فإنه لا يرجح بن الأم الذي هو مولى على الآخر؛ لأن الولاء سبب للتعصيب لو انفردت كالعمومة، وههنا كل واحد من القرابتين لو انفردت كان سببا للتعصيب[1]، فإن بنت ابن كان من جملة ذوي الأرحام، وذو الأرحام يستحق الميراث بالعمومة والقرابة الأخرى كذلك أيضا لو انفردت. فإنه يرث، فتعذر اعتبار الترجيح، ويتعذر التوريث من وجهين؛ لأن شرط التوريث من وجهين أن يكون إحدى القرابتين سبب فرض، والأخرى سبب تعصيب كما في ابني عم أحدهما أخ لأم، فإن التوريث بالقرابة هي بكل واحد منهما سبب تعصيب غير مشروع، وإذا تعذر اعتبار الترجيح، وتعذر التوريث من وجهين، سقطت إحدى القرابتين، فصار كأن كل واحد منهما ذو قرابة واحدة، ومنهما منفق، فلهذا كان المال بينهما نصفان.

وعند محمد رحمه الله يقسم على الآباء، ويورث من جهتين باعتبار الآباء، فيقال: بأن التي لها قرابة واحدة سهم؛ لأن أباها أنثى، والتي لها قرابتان سهم من أجل أن أباها أنثى، وسهمان من أجل أن أباها ذكر، فصار المال بينهما على أربعة: ثلاثة أسهم للتي لها قرابتان، وسهم للتي لها قرابة واحدة. ثم ما حصل للتي لها قرابتان من ثلاثة أسهم سهمان يسلم لها بلا منازعة وهو ما وصل إليها من جهة أبيها الذكر انفردت بذلك، والسهم الذي وصل إليها من جهة أبيها الأنثى مضموم إلى ما في يدي التي لها قرابة واحدة لاتفاق أبيها في الأنوثة، فيصير سهمين، فيكون بينهما نصفين باعتبار أبدانهما.

فإن ترك بنت بنت بنت وهي بنت ابن بنت، وترك أخا لها ابن بنت بنت، أما عند أبي يوسف رحمه الله: فالقسمة على الأبدان. وأحدهما ذكر، والآخر أنثى، وقد استويا في الدرجة، فيكون المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين على ثلاثة، وأما عند محمد رحمه الله يقسم المال على الآباء ثم على الأبدان، فيقال: للذي له قرابة واحدة وهو ابن بنت بنت سهم؛ لأن أباه أنثى، وللذي له قرابتان، هي بنت بنت بنت وبنت ابن بنت ثلاثة أسهم سهم من أجل أن أباها أنثى وسهمان من أجل أن أباها ذكر، فصار المال بينهما على أربعة ثلاثة أسهم للتي لها قرابتان، وسهم للذي له قرابة واحدة، ثم ما حصل للتي لها قرابتان من ثلاثة أسهم سهمان يسلم لها بلا منازعة وهو ما وصل إليها من جهة أبيها الذكر وما

---

(١) زيادة في م

وصل إليها من جهة أبيها الأنثى، وذلك سهم لا يسلم لها، بل يضم إلى ما في يدي التي لها قرابة واحدة وهو سهم، فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين على ثلاثة لاتفاق آبائهما في هذين السهمين، واختلاف أبدانهما وقسمة سهمين على ثلاثة لا يستقيم، ولا موافقة بينهما في شيء، فاضرب أصل الفريضة، وذلك أربعة في ثلاثة، فيصير اثني عشر هذا جميع المال، ومنه تخرج المسألة، كان للتي لها قرابتان سهمان بلا منازعة ضربناهما في ثلاثة، فصار لها ستة، والذي لم يكن يستقيم بينهما مع المنازعة سهمان ضربناهما في ثلاثة، فصار ستة بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين باعتبار الأبدان التي لها قرابتان ثلثه، وذلك سهمان؛ لأنها أنثى، وأربعة للتي لها قرابة واحدة؛ لأنه ذكر، فحصل للتي لها قرابتان ثمانية ستة بلا منازعة، وسهمان مع المنازعة، وحصل للتي لها قرابة واحدة أربعة مع المنازعة.

٢٦١٨٢ - وهذا الذي ذكرنا إذا كان التي لها قرابتان أنثى، والتي لها قرابة واحدة ذكراً. فأما إذا كان ذو قرابتين ذكراً، والتي لها قرابة واحدة أنثى، فأما عند أبي يوسف رحمه الله، فالمال بينهم أثلاثا باعتبار الأبدان، فللذي له قرابتان سهمان؛ لأنه ذكر، وللتي لها قرابة واحدة سهم؛ لأنها أنثى، وأما عند محمد رحمه الله: فالقسمة باعتبار الآباء، ثم باعتبار الأبدان، فيقال للذي له قرابتان: ثلاثة أسهم سهمان؛ لأن أباه ذكر، وسهم؛ لأن أباه أنثى، وللتي لها قرابة واحدة سهم واحد؛ لأن أباها أنثى، فحصل للذي له قرابتان ثلاثة أسهم، فما وصل إلى ذي قرابتين من جهة الذكر، وذلك سهمان يسلم له لتفرده بذلك، وما وصل إليه من جهة أبيه الأنثى، وذلك سهم يضم إلى ما في يدي الأخرى، وفي يدها سهم، فيكون بينهما باعتبار الأبدان على ثلاثة للذكر مثل حظ الأنثيين لاتفاق آبائهما، واختلاف أبدانهما وقسمة سهمين على ثلاثة لا يستقيم، ولا موافقة بينهما، فاضرب أصل الفريضة، وذلك أربعة في ثلاثة، فيصير اثني عشر هذا جميع المال، ومنه تخرج المسألة، كان للذي له قرابتان سهمان بلا منازعة ضربناهما في ثلاثة، فصارت له بلا منازعة ستة، وكان للذي لا يستقيم بينهما مع المنازعة على ثلاثة سهمان ضربناهما في ثلاثة، فصارت ستة بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، أربعة للذي له قرابتان؛ لأنه ذكر، وسهمان للتي لها قرابة واحدة؛ لأنها أنثى، فحصل للذي له قرابتان عشرة أسهم ستة بلا منازعة، وأربعة مع المنازعة، وحصل للتي لها قرابة واحدة سهمان مع المنازعة.

فإن ترك ابن بنت بنت، وهو أيضًا ابن ابن بنت بأن كان الحادث من ولدي الخالتين ذكرًا، وترك أيضًا بنت بنت بنت أخرى، فعند أبي يوسف رحمه الله المال بينهما أثلاثًا للذي له قرابتان سهمان؛ لأنه ذكر، وللتي لها قرابة واحدة سهم؛ لأنها أنثى، وعند محمد رحمه الله المال بينهم أرباعًا للذي له قرابتان سهم من أجل أن أبيه أنثى، وسهمان من أجل أن أباه ذكر، وللتي لها قرابة واحدة سهم؛ لأن أباها أنثى، فيكون المال بينهما أرباعًا ثلاثة أسهم للذي له قرابتان، وسهم للتي لها قرابة واحدة، ثم ما وصل إلى الذي له قرابتان من ثلاثة أسهم سهمان سالم له بلا منازعة، وهو ما وصل إليه من جهة أبيه؛ لأنه ذكر لتفرده بذلك، وما بقي وذلك سهم واحد يضم إلى ما في يدي التي لها قرابة واحدة، وذلك سهم واحد، فيصير سهمين يقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين لاتفاق آبائهما في هذين السهمين، واختلاف أبدانهما على ثلاثة، وإنه لا يستقيم، فاضرب أصل الفريضة في ثلاثة، فيصير اثني عشر، فهذا جميع المال منه تخرج المسألة، وباقي العبارة إلى آخرها على ما ذكرنا.

فإن ترك بنت بنت بنت وهي بنت ابن بنت، وترك أيضًا ابن ابن بنت له قرابة واحدة، عند أبي يوسف رحمه الله: يقسم المال بينهما أثلاثًا للذكر مثل حظ الأنثيين باعتبار الأبدان، وعند محمد رحمه الله: يقسم المال بينهما أخماسًا للتي لها قرابتان سهم من أجل أن أباه ذكر، وسهم للتي لها قرابتان سهم من أجل أن أباها أنثى لتفردها بذلك، وبقي في أيديهما جميعًا أربعة مقسومة بينهما على الأبدان على ثلاثة للذكر مثل حظ الأنثيين لاتفاق آبائهما في السهمين في الذكورة، واختلاف أبدانهما، وقسمة أربعة على ثلاثة لا يستقيم، فيضرب أصل الفريضة وهي خمسة في ثلاثة، فصار خمسة عشر كان للتي لها قرابتان سهم بلا منازعة مضروب في ثلاثة، فصار لها ثلاثة، وهو الذي كان لا يستقيم بينهما مع المنازعة، وذلك أربعة مضروب في ثلاثة، فصار اثني عشر سهمًا على ثلاثة، ثلثاه وذلك ثمانية مع المنازعة لابن ابن بنت، وللتي لها قرابتان أربعة، فحصل للتي لها قرابتان سبعة ثلاثة بلا منازعة وأربعة مع المنازعة، وحصل للذي له قرابة واحدة ثمانية مع المنازعة، وإذا اجتمعت ذلك كله يصير خمسة عشر، كما كان هذا هو جميع المال، فإن كان التي لها قرابتان ذكرًا، والتي لها قرابة واحدة أنثى: عند أبي يوسف رحمه الله المال بينهما أثلاثًا للذكر مثل حظ الأنثيين باعتبار الأبدان، وعند محمد رحمه الله

الثلث بينهما على خمسة للتي لها قرابة واحدة سهمان؛ لأن أباها ذكر، والتي لها قرابتان ثلاثة أسهم، سهم من أجل أن أباها أنثى تفرد بذلك ويبقى في يده سهمان ذكر، ثم يسلم له سهم من أجل أن أباه ذكر، ثم يقسم له سهم من أجل أن أباه أنثى انفرد بذلك، ويبقى في يده سهمان، وفي يد أخته سهمان، فصار أربعة بينهما أثلاثاً على الأبدان لاتفاق آبائهما في ذلك واختلاف أبدانهما، وقسمة أربعة على ثلاثة لا يستقيم، فيضرب أحد الفريضة، وهي خمسة في ثلاثة، فصار خمسة عشر، فهذا جميع الثلث كان للذي له قرابتان سهم بلا منازعة، مضروب في ثلاثة صار ثلاثة، والذي لم يكن يستقيم مع المنازعة على ثلاثة أربعة مضروبة في ثلاثة، فصار اثني عشر سهماً على الأبدان على ثلاثة، وإنه يستقيم للذي له قرابتان أحد عشر ثلاثة بلا منازعة وثمانية مع المنازعة، وحصل التي لها قرابة واحدة أربعة أسهم مع منازعة، فإذا اجتمعت بينهما تصير خمسة عشر

فإن ترك بنت بنت بنت وهي بنت ابن بنت، وترك أيضاً بنت بنت بنت، وترك أيضاً ابن بنت أخرى، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله: المال بينهم باعتبار الأبدان على ثلاثة أسهم؛ لأن أبدانهم متفق، فإن كلهم إناث، وأما عند محمد رحمه الله: فالقسمة على الآباء، ثم على الأبدان، فيقال: لبنت بنت بنت التي لها قرابة واحدة سهم؛ لأن أباها أنثى، ولبنت ابن بنت التي لها قرابة واحدة سهمان؛ لأن أباها ذكر، والتي لها قرابتان ثلاثة أسهم من وجهين: سهم من أجل أن أباها أنثى، وسهمان من أجل أن أباها ذكر، فيكون المال على ستة باعتبار الآباء، ثم الأبدان متفق، ولا يجيء قسمة أخرى باعتبار الأبدان

هذه الجملة على هذا الترتيب أوردها شيخ الإسلام في شرحه، وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي في شرحه قول محمد رحمه الله على نحو ما ذكره شيخ الإسلام، وذكر اختلافاً على قول أبي يوسف رحمه الله فقال: قال الفرضيون من أهل العراق: لا يرث هذه إلا بجهة واحدة؛ لأن الجهة قد اتحدت وهي الولاد، فهو نظير الجدات على قوله، وقد ذكرنا من مذهبه أن الجدة من جهتين والجدة من جهة واحدة سواء، فهذا مثله على ذلك، وقال الفرضيون من أهل ما وراء النهر - وهو اختيار القاضي الإمام رحمه الله على قول أبي يوسف رحمه الله -: يقسم المال في المسألة الأولى من هذا

الفضل بينهما أثلاثًا، ثلثا المال للتي لها قرابتان؛ لأنها في معنى شخصين، فكأنه ترك بنت بنت وبنت ابن بنت وبنت بنت أخرى، وعند محمد رحمه الله القسمة على الأبدان، فيكون ثلاثة أرباع المال للتي لها قرابتان، وربعه للتي لها قرابة واحدة بمنزلة ما لو ترك ابن بنت وبنت بنت أخرى.

فإن كان مع التي لها قرابتان ابن بنت بنت، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله على ما اختاره الإمام القاضي: يقسم المال بينهما نصفان؛ لأنه يعتبر الأبدان، والتي لها قرابتان بمنزلة ابنتين، فيكون المال على أربعة، لكل ذكر سهمان، ولكل أنثى سهم، وإن كان مع التي لها قرابتان بنت بنت بنت وابن بنت بنت، فعند أبي يوسف رحمه الله: القسمة على الأبدان، فيكون المال بينهما أخماسًا للتي لها قرابتان سهمان، وللابنة الأخرى سهم، وعند محمد رحمه الله: القسمة على الآباء في الابتداء أخماسًا للتي لها قرابتان ثلاثة أخماس المال خمس باعتبار قرابة الأم، وخمسان باعتبار قرابة الأب، ثم ما أخذت باعتبار قرابة الأب يسلم لها، وما أخذت باعتبار قرابة الأم يضمه إلى ما في يد الآخرين، فيكون بينهم على أبدانهم أرباعًا لاستواء الآباء، فيضرب خمسة في أربعة، فيكون عشرين لها باعتبار قرابة الأب ثمانية، وباعتبار قرابة الأم ربع الباقي وهو ثلاثة، فيكون لها أحد عشر، فللابن ستة وللبنت الأخرى ثلاثة.

وبعد الصنف الأول على قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر، كما ذهب إليه أبو عبد الله الفرائضي أي الأصناف أولى، قال أبو حنيفة: الأجداد والجدات أولى. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: أولاد الأخوات وبنات الإخوة أولى، قالا: لأن أولاد الأخوات أولاد صاحبات الفرض، وبنات الإخوة أولاد عصبة، والجد أب الأم والد أب أب الأم ليس بعصبة، ولا صاحب فرض، فالجد أب الأم ليس بعصبة ولا صاحب فرض ولا ولد عصبة، وفي ذوي الأرحام متى استوت الأقوام يقدم ولد العصبة، وولد ذوي السهم على من ليس بولد عصبة، ولا ولد ذي سهم. وأبو حنيفة رحمه الله يقول: ذوو الرحام يرثون على سبيل التعصيب من وجه، فيعتبر بمن يرث على سبيل التعصيب من كل وجه، وفي العصبات من كل وجه الجد أب الأب مقدم على أولاد أبيه عند أبي حنيفة رحمه الله حتى إن الإخوة لأب لا يرث مع أب الأب عند أبي حنيفة رحمه الله، فكذا في ذوي الأرحام للجد أب الأم الذي هو في درجة أب الأب؛ لأنه يتصل إلى الميت بفرعة

كأب الأب يصير مقدماً على أولاد الإخوة، فتعتبر هذه المسألة على قوله. في ذلك مسألة

فأما الكلام في الأجداد الفاسدة والجدات الفاسدة فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت، فإن استووا في القرب، فعلى قول أبي سهل الفرائضي وجماعة المشايخ: من يدلي إلى الميت بوارث، فهو أولى، وقال أبو سليمان الجوزجاني: من يدلي إلى الميت بوارث ليس بأولى، وبيانه في هذا الرجل: ترك أب أم الأب وأب أب الأم، فعلى قول أبي سهل: أب أم الأب أولى، ولا شيء لأب أب الأم؛ لأن أب أم الأب يدلي إلى الميت بالوارث، وأب أب الأم لا يدلي إلى الميت بالوارث، وعلى قول أبي سليمان الجوزجاني: ثلثا المال لأب أم الأب والثلث لأب أب الأم، وكذلك إذا ترك أب أب الأم، فعلى قول أبي سهل: لا شيء لأب أب الأم والمال لأب أم الأم، وعلى قول أبي سليمان: المال بينهما أثلاثاً، ولو ترك أب أم الأب وأب أم الأم، ففي هذه الصورة يقسم بينهما نصفان بلا خلاف بين أبي سهل وبين أبي سليمان، فإن كل واحد منهما يدلي إلى الميت بالوارث.

وذكر محمد رحمه الله في فرائض الأصل هذه المسألة وهو ما إذا ترك أب أم الأب وأب أم الأم، وذكر أن المال يقسم بينهما أثلاثاً، ثلثان لأب أم الأب وثلثه لأب أم الأم. قال القاضي الإمام عبد الواحد الشهيد: وهذا قياس قول محمد رحمه الله، أما على قياس قول أبي يوسف رحمه الله فينبغي أن يكون بينهما نصفين؛ لأن أم الأم مع أم الأب إذا اجتمعا استويا بلا خلاف، فمن يدلي بهما إلى الميت لا يفضل أحدهما على الآخر، ألا ترى أن ابن الأخ لأم مع بنت الأخت لأم لا يفضل أحدهما على الآخر لما كان لا يفضل الأخ لأم على الأخت لأم؛ لأنه يعتبر الأبدان وكل واحد منهما أب.

ولو ترك أم أب الأم وأب أب الأم، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأنهما يدليان إلى الميت بقرابة الأم، فيقسم عليهما باعتبار أبدانهما بلا خلاف كعمة الأم وعمها وخالة الأم وخالها على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإن ترك أب أم أب الأم وأب أم الأب فعلى قول أبي سهل أب أم أب الأب أولى؛ لأنه أقرب إلى الوارث، وبه كان يفتي القاضي الإمام الشهيد عبد الواحد، وعلى قول

قرابة بين الزوجين ، فإن حدث بينهما بنت كانت هذه الابنة لهذا الرجل بنت أخيه لأبيه وبنت أخته لأمه ، فإن مات هذا الرجل ، وترك مع هذه بنت أخ لأب ، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله الأول ، وهو قول محمد رحمه الله لذي القرابتين : سهم من ستة باعتبار قرابة الأم ، والباقي بينهما أثلاثاً باعتبار قرابة الأب ، فينكسر بالأثلاث ، فيكون القسمة من ثمانية عشر ، وهذا لأن محمداً رحمه الله يعتبر المدلي به ، فكأنه ترك أختاً لأم وأختاً لأب وأخاً لأب ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله الآخر : المال كله لذي القرابتين ، وهذا على قول أبي يوسف رحمه الله على ما اختاره الفرضيون من أهل ما وراء النهر على ما ذكرنا في فصل بيان ذي القرابتين من أولاد البنت ؛ لأنها في معنى شخصين ، فكأنه ترك ، فإن كان معها ابنة أخ لأب ، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله الآخر : المال كله لذي قرابتين باعتبار الأم ، والباقي بينهما نصفان بمنزلة أخت لأم وأخوين لأب .

وإن كانت المسألة على عكس هذا بأن كانت التي لها قرابتان ابنة أخت لأب وهي ابنة أخ لأم ، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله الآخر : هذا وما سبق سواء ، وكذلك إذا كان معها ابنة أخت لأب ، وعلى قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله : إذا كان معها ابنة أخت لأم ، فلها الثلثان بينهما نصفان باعتبار قرابة الأم ، ولذي القرابتين النصف باعتبار قرابة الأب ، والباقي رد عليهما ، فيكون المال في الحاصل بينهما أخماساً بمنزلة ما لو ترك أختاً لأب وأخوين لأم ، وإن كان معها ابنة أخت لأب ، فللتي لها قرابتان السدس باعتبار قرابة الأم ، ولهما الثلثان باعتبار قرابة الأب بينهما نصفان ، والباقي رد عليهما بمنزلة أختين لأب وأخ لأم ، فتكون القسمة أخماساً للتي لها قرابتان ثلاثة ، فإن كان معها ابنة أخت لأب وأم ، فالمال بينهما نصفان بالاتفاق

وأما الكلام في الأعمام لأم والعمات كلها والأخوال والخالات كلها يجب أن يعلم بأن العمة عندنا بمنزلة العم والخالة بمنزلة الأم حتى إنه لو ترك عمة وخالة ، فللعمة الثلثان ، وللخالة الثلث بمنزلة ما لو ترك عماً وأماً ، اتفقت الصحابة على ذلك والعمات أصناف ثلاثة : عمة لأب وأم ، وعمة لأب ، وعمة لأم ، والحكم فيهن أن الصنف الأول مقدم على الصنف الثاني ، والصنف الثاني مقدم على الصنف الثالث حتى لو ترك عمة لأب وأم وعمة لأب وعمة لأم كان المال كله للعمة لأب وأم ، ولو ترك عمة لأب وعمة لأم ، فالمال للعمة لأب ، ولو ترك عماً وعمة ، فإن كانا لأب وأم أو لأب ، فالمال للعم ؛

لأنه عصبة، ولا ميراث لأحد من ذوي الأرحام مع العصبة، وكذلك إن كان العم لأب والعمة لأب وأم أو لأب أو لأم، فالمال كله للعم - لما ذكرنا أنه عصبة. وإن كانا جميعًا لأم، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين وهو ظاهر رواية أصحابنا، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله: أن المال بينهما نصفان لاستوائهما في القرابة، فإن قرابتهما بقرابة الأم، وباعتبار قرابة الأم لا نفضل الذكر على الأنثى كالأخ والأخت لأم، وجه ظاهر الرواية أن توريثهم [باعتبار العصوبة، وفي قرابتهما العصوبة للذكر مثل حظ الأنثيين إذا تساويا في الدرجة. وهذا بخلاف الأخ والأخت؛ لأن توريثهما][1] بالفريضة، وفي الاستحقاق بالفريضة لا يفضل الذكر على الأنثى، قال الله تعالى: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس﴾[2]

والأخوال والخالات أصناف ثلاثة أيضًا: خال وخالة لأب وأم، وخال وخالة لأب، وخال وخالة لأم، والحكم فيهم أن الصنف الأول مقدم على الصنف الثاني والثالث، والصنف الثاني مقدم على الثالث، حتى إنه إذا ترك خالا وخالة لأب وأم وخالا وخالة لأب وخالا وخالة لأم، فالمال كله للخال والخالة لأب وأم للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو ترك خالا وخالة لأب وخالا وخالة لأم، [illegible] للخال والخالة لأب، فالمال بين الخال والخالة لأب للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا شيء للخال والخالة، ولو ترك خالا وخالة لأم، فالمال بينهما أثلاثًا، الثلثان للخال والثلث للخالة.

وإن اجتمع أخوال وخالات وأعمام وعمات لأم، فإن كان من الأعمام والعمات من يدلي بأب وأم، فنصيب الأب لمن أدلى إليه بأب وأم، فإن لم يكن، فلمن أدلى إليه بأب، فإن لم يكن، فلمن أدلى إليه بأم، وكذلك إن كان من الأخوال والخالات من يدلي بأب وأم، فنصيب الأم له، فإن لم يكن، فلمن يدلي بأب، فإن لم يكن، فلمن يدلي بأم.

ولا يقدم أحد من قرابة الأب على أحد من قرابة الأم بحال، نحو أن يكون عمة لأب وأم وخالة لأب، فالعمة تأخذ نصيب الأب، والخالة تأخذ نصيب الأم، ولا تسقط العمة

(١) زيادة من ف وم.

(٢) سورة النساء، الآية ١١.

والخالة، وإن أدلت بأب وأم، لأن جهتهما اختلفا، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله. أنه يقدم من يدلي بأب، وأم على من يدلي بأب، أو أم من أي جهة كانت مثل خال لأب وأم وعمة لأب، فالخال أولى لإدلاءه بأب وأم، وكذلك إذا كانت خالة لأب وعمة لأب وأم، فالعمة أولى، وعلى هذا القياس -فافهم-.

فإذا كانت خالتان لأب وأم وعمة لأب، فالثلث للخالة يقسم بينهما بالسوية، والثلث للعمة، ولو تركت ثلاث خالات متفرقات، وثلاثة أخوال متفرقين وثلاث عمات متفرقات وثلاثة أعمام لأم، فنصيب الأم للخال والخالة لأب وأم، ونصيب الأب وهو الثلثان للعمة لأب وأم، ويصح المسألة من تسعة.

وأما الكلام في أولاد الأعمام لأم وأولاد العمات وأولاد الأخوال والخالات، فنقول: أقربهم إلى الميت أولى، فإن استويا في القرب، فعند اتحاد الجهة من كان ذو قرابتين، بأن كان لأب وأم، فهو أولى ممن كان لأب، ومن كان لأب، فهو أولى ممن كان لأم، وعند اختلاف الجهة من كان ذا قرابتين لا يكون أولى، وإن اختلفت البطون: فعند أبي يوسف رحمه الله: يعتبر الأبدان، وعند محمد رحمه الله: يعتبر أول بطن يختلف، ويقسم المال عليه على نحو ما ذكرنا.

بيانه من المسائل: إذا ترك ابنة خالة وابنة ابنة خالة أو ابنة ابن خالة وابن ابن خالة، فالميراث لبنت الخالة؛ لأنها أقرب بدرجة، وكذلك إن ترك ابنة عمة وابنة ابنة خالة فابنة العم أولى، وإن كانتا من جهتين مختلفتين؛ لأنها أقرب بدرجة، فإن ترك بنات العم مع ابنة خالة واحدة، فلبنات العم الثلثان، ولابنة الخالة الثلث.

وإذا كان البعض ذا قرابتين، فالكلام فيه على نحو ما ذكرنا من اتحاد الجهة واختلافها، بيانه فيما إذا ترك ثلاث بنات عمات متفرقات، فالمال كله لابنة العم لأب وأم، وكذلك إذا ترك ثلاث بنات خالات متفرقات، وإن ترك ابنة خالة لأب وأم وابنة عمة لأب وأم، فلابنة العم الثلثان ولابنة الخالة الثلث، وكذلك إذا ترك ابنة خالة لأب وأم وابنة عم لأب كان لبنت العمة الثلثان ولابنة الخالة الثلث، وهذا لأن المساواة في الدرجة بينهما يعني به الاتصال بالميت موجود حقيقة، ولكن ذو القرابتين أقوى سببا، فعند اتحاد الجهة يجعل الأقوى في معنى الأقرب وذلك ينعدم عند اختلاف السبب

والجهة، ولأن توريث ذوي الأرحام باعتبار معنى العصوبة وقرابة الأب في ذلك متقدمة على قرابة الأم، فجعل قوة السبب كزيادة القرب عند اتحاد الجهة، وعند اختلاف الجهة يسقط اعتبار هذا المعنى.

وإن كان أحدهما ولد عصبة أو ولد صاحب فرض فعند اتحاد الجهة يقدم ولد العصبة وولد صاحب الفرض، وعند اختلاف الجهة لا يقدم، ويعتبر المساواة في الاتصال بالميت وهو رواية ابن أبي عمران عن أبي يوسف رحمه الله، أما في ظاهر الرواية يقدم ولد العصبة وولد صاحب الفرض حتى إنه إذا ترك ابنة عم لأب وأم وابنة عمة، فالمال كله لبنت العم، وهذا بلا خلاف؛ لأن الجهة ههنا متحدة، ولو ترك ابنة عم وابنة خال، أو خالة فلابنة العم الثلثان ولابنة الخال والخالة الثلث على رواية أبي يوسف رحمه الله، ولا يقدم ابنة العم لكونها ولد عصبة؛ لأن الجهة مختلفة ههنا، وفي ظاهر الرواية المال كله لابنة العم، ويقدم ولد العصبة مع اختلاف الجهة، وهذا لأن ولد العصبة أقرب اتصالا بوارث الميت، فكأنه أقرب اتصالا بالميت.

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن يكون العمة أحق بجميع المال من الخالة؛ لأن العمة ولد العصبة وهو أب الأم، وهي صاحبة فرض، فمن هذا الوجه يتحقق المساواة بينهما في الاتصال بوارث إلا أن اتصال الخالة بوارث هي أم، فيستحق فريضة الأم واتصال العمة بوارث هو أب، فيستحق نصيب الأب.

وإن كان قوم من هؤلاء من قبل الأم من بنات الأخوال والخالات وقوم من قبل الأب من بنات العمات والأعمام، فالمال مقسوم بين الفريقين أثلاثا سواء كان من كل جانب ذو قرابتين، أو كان من أحد الجانبين ذو قرابتين ومن الجانب الآخر ذو قرابة واحدة، ثم ما أصاب كل فريق يترجح فيه فيما بينهم من كان ذو قرابتين على من كان ذو قرابة واحدة، وكذلك يترجح فيه من كان قرابته لأب على من كان قرابته لأم؛ لأن في نصيب كل فريق الاستحقاق لهم بجهة واحدة كل واحد منهم إذا انفرد استحق جميع ذلك، فعند الاجتماع يراعى قوة السبب بينهم في ذلك المقدار.

فإن استووا في القرابة، فالقسمة بينهم على الأبدان في قول أبي يوسف رحمه الله الآخر، وفي قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله، القسمة على أول من يقع الخلاف من

الأبناء، بيانه إذا ترك ابن خالة وابنة خالة، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين اعتبارا للأبدان، وهذا بلا خلاف؛ لأن الآباء قد اتفقت، وإن ترك ابنة خال وابن خالة، ففي قول أبي يوسف رحمه الله الآخر: لابن الخالة الثلثان ولبنت الخال الثلث اعتبارا للأبدان، وعلى قول محمد رحمه الله: لابن الخالة الثلث ولبنت الخال الثلثان اعتبارا للآباء، وإن ترك بنت عمة وابن عمة، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وهذا بلا خلاف؛ لأن الآباء قد اتفقت، وإن ترك ابن عمة وابنة عم فإن كانت بنت عم لأب وأم أو لأب، فهي أولى؛ لأنها ولد عصبة، وابن العمة ليس ولد عصبة، ولا ولد صاحب فرض، وإن كانت بنت عم لأم وابن العمة لأم، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله: المال بينهما أثلاثا باعتبار الأبدان الثلثان لابن العمة والثلث لبنت العم، وعلى قول محمد رحمه الله: الثلثان لبنت العم والثلث لابن العمة اعتبارا للآباء، وهذا إذا كان ابن العمة ابن عمة لأم، فأما إن كان ابن عمة لأب وأم: فهو أولى بجميع المال أنه ذو قرابتين، وكذلك إذا كان ابن عمة لأب؛ لأن أولاده بقرابة الأب، وفي استحقاق معنى العصوبة يقدم قرابة الأب على قرابة الأم

ورأيت في شرح بعض المشايخ: إذا ترك بنت بنت عم لأب وأم وبنت بنت عمة لأب وأم، أن عند أبي يوسف رحمه الله: المال نصفان باعتبار الأبدان، وعند محمد رحمه الله: أثلاثا باعتبار الأجداد، الثلثان لبنت بنت العم والثلث لبنت بنت العمة، قال الشيخ الإمام الزاهد إسماعيل الصفار: وهذا ليس بصواب، وإنما الصواب أن يكون المال كله لبنت بنت العم، ألا ترى أنه إذا اجتمع العم والعمة كان العم أولى، فكذا في الأولاد.

وإن ترك ثلاث بنات أخوال متفرقين وثلاثة بني خالات متفرقات وثلاث بنات عمات متفرقات، فالثلثان لبنات العمات، ثم يترجح في استحقاق ذلك ابنة العمة لأب وأم على الأخريين؛ لما قلنا، والثلث بين بني الخالات وبين بنات الأخوال، ثم يترجح في ذلك ابن الخالة لأب وأم وابن الخال لأب وأم، فيكون القسمة بينهما أثلاثا في قول أبي يوسف رحمه الله الآخر على الأبدان: لابن الخالة الثلثان ولابنة الخال الثلث، وعلى قول محمد رحمه الله: على عكس هذا. وإن كان مع هؤلاء ثلاث بنات أعمام متفرقين، فالمال كله لابنة العم لأب وأم؛ لأنها ولد عصبة، فإن لم تكن فلابنة العم لأب؛ لأنها ولد

الفصل الحادي والثلاثون

في ميراث الملاعنين وفي ميراث ولد الملاعنة

٢١١٩٣- وإذا التعن الزوجان، فلم يفرق الحاكم بينهما حتى مات أحدهما ورث الباقي؛ لأن الفرقة باللعان لا تقع إلا بقضاء القاضي، فقبل قضاء القاضي بالفرقة النكاح قائم، فتحقق الإرث بينهما، ولو فرق الحاكم، ثم مات أحدهما، لا يرثه الباقي إلا على قول عثمان البتي وأهل البصرة؛ لأن عندهم لا تقع الفرقة إلا بالطلاق.

٢١١٩٤- جئنا إلى ولد الملاعنة، فنقول: ولد الملاعنة وولد الزنا في حكم الميراث بمنزلة ولد ليس له أب، ولا قرابة للأب حتى لا يرث هذا الولد من الأب وقرابته، ولا يرث الأب، ولا قرابته من هذا الولد؛ لأن ولد الملاعنة قد قطع نسبه من الأب، فصار نسبه مقطوعاً عن قوم الأب ضرورة أيضاً، وولد الزنا لم يثبت نسبه من الأب فكيف يثبت من قوم الأب، فصار ولد الزنا وولد الملاعنة بمنزلة ولد المرتد الذي ليس له أب ولا قوم الأب في حكم الميراث من هذا الوجه، وهو ولد الأم في حق حكم الميراث من الأم وقرابتها، ويرث منه الأم وقرابتها حتى لو مات ابن الملاعنة، وترك أماً وبنتاً، كان المال بينهما على أربعة فرضاً ورداً، للأم السدس في هذه الصورة السدس سهم من ستة وللبنت النصف ثلاثة أسهم من ستة، فصار فرضهما من أربعة، فيرد الباقي عليهما على قدر حقهما، فصار المال بينهما على أربعة من هذا الوجه، وإن ترك أماً وأخاً كان المال بينهما على ثلاثة؛ لأن للأخ في هذه الصورة السدس من ستة وللأم الثلث سهمان من ستة، فصار فرضهما من ثلاثة، فيرد الباقي عليهما على قدر حقهما، فصار فرضهما من ثلاثة [1] من هذا الوجه، فإن ترك أماً وأخاً وأختاً، فالمال بينهم على ثلاثة، للأم السدس سهم من ستة، وللأخ كذلك، وللأخت كذلك، وصارت فرضيتهم من ثلاثة، فيرد الباقي عليهم على قدر حقوقهم، فصار المال بينهم على ثلاثة من هذا الوجه، ولو ماتت ابنة الملاعنة، وتركت أماً وزوجاً، فللزوج النصف فرضاً ورداً، ولو ماتت، وتركت أولاد الأم، فللواحد

(١) زيد من م ب.

منهم السدس، وللاثنين فصاعداً الثلث، الذكر والأنثى في ذلك سواء، سواء كانت من أخ وأخت لأم أو من إخوة لأم أو من أخوات لأم أو من إخوة وأخوات لأم، والحكم فيهم ما ذكرنا.

٦١١٩٥- ابن ابن الملاعنة مات، وترك ابنة وعمًا: فالمال للابنة فرضًا وردًّا، ولا شيء للعم، يجب أن يعلم أن ابن ابن الملاعنة له أب وقوم الأب وعم الإخوة، وليس له جد صحيح ولا قوم، وعم الأعمام والعمات لأب وأم أو لأب؛ إذا عرفت هذا خرجت المسألة، فنقول: إنما لا يكون للعم شيء في هذه الصورة؛ لأنه عم لأم، والعم لأم من ذوي الأرحام، وذوو الأرحام لا يرثون مع ذي سهم، وإن ترك عمًّا وخالًا، فالثلث للخال، والثلثان للعم، وإن ترك ثلاث خالات متفرقات وعمًّا وعمة، فالثلث للخالة لأب وأم، والباقي بين العم والعمة للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن ترك امرأة وأمًّا وأخًا، للمرأة الربع، والباقي بين الأم والأخ أثلاثًا فرضًا وردًّا؛ لأن للأم في هذه الصورة الثلث سهمًا من ستة، وللأخ السدس سهم من ستة، فصارت فريضة الأم والأخ ثلاثة: فيقسم الباقي بعد الربع بينهما على ثلاثة فرضًا وردًّا، ولو ترك امرأة وأمًّا وأخوين، فللمرأة الربع وللأم السدس وللأخوين لأم الثلث، والباقي يرد على الأم، وعلى الأخوين لأم أثلاثًا: للأم سهم وللأخوين سهمان، لكل أخ سهم، ولو ترك أمًّا وامرأة وثلاث أخوات متفرقات، فللمرأة الربع، وللأم السدس وللأخوات لأم الثلث، والباقي يرد على الأم، وعلى الأختين لأم أثلاثًا سهم للأم، وسهمان للأختين لأم، لكل أخت سهم، ولو ترك امرأة وأبوين وابنة وابنًا، فللمرأة الثمن وللأم [السدس وما بقي من الابن والابنة، فالذكر مثل حظ الأنثيين، ولو ترك ابنة وأبوين، فللابنة النصف، وللأم السدس](١) والباقي يرد على الابنة، وعلى الأم على أربعة، ولو ترك ابنتين وأبوين، فللابنتين الثلثان، وللأم السدس، وما بقي يرد على الابنتين، وعلى الأم على خمسة: أربعة الأخماس للابنتين، والخمس للأم، ولو ترك ابنة أخ لأم وجدًا أب الأم، أو ترك ابنة الأم وجدًا أب للأم، أو ترك ثلاث بنات أخوات متفرقات وجدًا أب الأم، أو ترك ثلاث بنات إخوة متفرقين وجدًا أب الأم، وترك ثلاث بنات أخوات متفرقات وثلاث بنات إخوة متفرقين وجدًا أب الأم، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله. المال للجد في المسائل كلها.

---

(١) زيد من ف وم.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في المسألة الأولى: المال لبنت الأخ، وفي المسألة الثانية المال لبنت الأخت. وفي المسألة الثالثة المال لبنتي أخوين من الأم، وفي المسألة الرابعة لابنتي الأخوين من الأم، وفي المسألة الخامسة، المال بين ابنتي أخوين من الأم وبين بنتي أختين من الأم بالسوية، وعلى هذا القياس فقس - ولو تركت عمة وخالة فالمال للخالة عند أصحابنا، ولو ترك ابن خال وبنت خال، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو ترك ابن الملاعنة ثلاث خالات متفرقات وثلاث عمات متفرقات، ففي قول أصحابنا: للخالة من الأب والأم السدس، والباقي للعمتين

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٩١٤٦ - إذا ثبت حرمة المصاهرة بين الزوجين، ثم حدث بينهما ولد، ثم مات الأب، هل يرث هذا الولد منه؟ ذكر في فتاوى الإمام نجم الدين: أن فيه اختلاف المشايخ، قال القاضي الإمام صاعد: لا يرث، لأنها حرمت عليه، ولم يبق بينهما نكاح، فهذا الولد حصل من غير نكاح، فلا يرث كما لو حصل من الزنا المتفق عليه، وقال شيخ الإسلام أبو الحسن السغدي: إنه يرث؛ لأنه ثابت النسب منه؛ لأن هذه الحرمة مختلف فيها، ومثل هذه الحرمة لا تمنع ثبوت النسب، ألا ترى أن من قال: إن تزوجت فلانة، فهي طالق ثلاثا، فتزوجها حتى طلقت ثلاث تطليقات، أو قال: إن تزوجت امرأة، فهي طالق ثلاثا، فتزوج امرأة حتى طلقت ثلاث تطليقات، وجاءت بولد يثبت النسب منه، وإن حرمت عليه، ولم يبق بينهما نكاح، ولا عدة لما كانت الحرمة مختلفا فيها، ولأن سبب المصاهرة نفس النكاح، أما لا يرتفع نص عليه محمد رحمه الله في نكاح الأصل.

الفصل الثاني والثلاثون
في ميراث المفقود

۲۱۱۹۷ - يجب أن يعلم بأن المفقود وهو الرجل يخرج في وجه فيفقد، ولا يعرف موضعه، ولا يتبين حياته ولا موته أو يأسره العدو، فلا يتبين موته ولا قتله، وحكمه ما قال محمد رحمه الله : إنه يعتبر حيًا في حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته، ويعتبر ميتًا في حق غيره حتى لا يرث أحدًا من أقربائه إذا مات، ومعنى قوله لا يرث أحدًا من أقربائه أن نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكًا للمفقود، أما يوقف للمفقود نصيبه من ميراث من مات من أقربائه، وهذا لأن حياة المفقود محتملة، والمحتملة يكفي للوقف كما في الجنين على ما يأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- فيوقف نصيبه لهذا، فإن ظهر أنه كان حيًا، ظهر أنه كان مستحقًا، وإن لم يظهر أنه كان حيًا، فما وقف له يرد على ورثة صاحب المال بمنزلة الموقوف للجنين إذا انفصل الجنين ميتًا

۲۱۱۹۸ - قال مشايخنا : مدار مسائل المفقود على حرف واحد أن المفقود يعتبر حيًا في ماله، وميتًا في مال غيره حتى ينقضي من المدة ما لم يعلم أنه يعيش إلى تلك المدة، أو يموت أقرانه، وبعد ذلك يعتبر ميتًا في ماله يوم تمت المدة أو مات الأقران، في مال الغير يعتبر كأنه مات يوم فقد، حتى إنه إذا فقد الرجل وله ابن، فمات ابنه، وهذا الابن أخ لأمه وللمفقود عصبة، فخاصم أخ الابن عصبة المفقود ينظر إن كان الابن قد مات قبل أن يموت أقران المفقود، فإن جميع مال المفقود لعصبة المفقود، ولا يكون للابن من ذلك شيء؛ لأنا اعتبرناه ميتًا في حق غيره، ولكن يوقف نصيب المفقود من مال الابن إلى أن يظهر حال المفقود؛ لأنه يحتمل أن يكون حيًا، فيكون له الميراث من ابنه، واحتمل أن يكون ميتًا، فلا يكون له الميراث من ابنه، بل يكون ميراث الابن لأخيه، فإن ظهر المفقود حيًا، فما وقف له يكون له، وإن لم يظهر حاله حتى مات أقرانه، فما أوقفنا للمفقود من مال الابن يكون ميراثًا لأخ الابن؛ لأنا تيقنا بكون الأخ وارثًا وقت موت الابن، وشككنا في كون المفقود وارثًا، فكان جعله ميراثًا لمن كان وارثًا له بيقين أولى؛

فيقول: أصلها من ستة أيضًا للزوج ثلاثة، وللأم سهمان، فللأخ الحي سهم، فالمسألتان تخرجان من أصل واحد، فيكتفى بإحداهما، ويعطى كل وارث ما هو المتيقن له، فنقول: نصيب الزوج لا يتغير بحاله، فإن كان له ثلاثة من ستة على كل حال، وللأم سهم في حال، وسهمان في حال، فالمتيقن لها في سهم، فيعطى لها ذلك، وللأخ الحاضر سهم في كل حال، فيعطى له ذلك، بقي هناك سهم نوقفه لأجل المفقود، فإن علم حياته يوم الذي مات هذا الميت، فذلك السهم يعطى له، ويعطى ورثته إن مات بعد ذلك، وإن علم موته قبل موت أخيه، يخرج المفقود من البين، وجعل كأنه لم يكن قط، ويعطى السهم الموقوف للأم، فيصير للأم سهمان.

امرأة ماتت، وتركت زوجًا وأمًا واختين لأب وأم، وإحداهما مفقودة، فنقول الورثة: المفقودة حية كانت أصل الفريضة ستة، وقسمت من ثمانية للزوج ثلاثة، وللأم سهم، وللأخت المفقودة سهمين، وللأخت الحاضرة سهمان، ثم يقدر المفقودة ميتة كان أصل الفريضة من ستة، وقسمتها من ثمانية أيضًا للزوج ثلاثة، وللأم سهمان، وللأخت ثلاثة، فالمسألتان تخرجان من أصل واحد، فيكتفى بإحداهما، ويعطى كل وارث ما هو اليقين له، فيعطى للزوج ثلاثة، لأن فرضه هذا القدر على كل حال، وللأم سهم في حال، وسهمان في حالة، فيعطى لها سهم؛ لأنه هو اليقين، وللأخت الحاضرة سهمان في حال، وثلاثة في حال، فيعطى لها سهمان لأنه هو المتيقن، بقي هناك سهمان يوقفان: فإن علم حياة المفقود يوم الذي مات هذا الميت فالسهمان الموقوفان للمفقود، وإن علم موته قبل موت هذا الميت يرد سهم واحد من الموقوفين على الأم وسهم واحد على الأخت الحاضرة.

امرأة ماتت، وتركت زوجًا وأمًا وأختين لأم، وإحداهما مفقودة، فنقول: لو كانت المفقودة حية كانت الفريضة من ستة للزوج ثلاثة، وللأم سهم، ولكل أخت سهم، ولو كانت المفقودة ميتة كانت الفريضة من ستة أيضًا للأم سهمان، وللزوج ثلاثة وللأخت سهم، فالمسألتان تخرجان من أصل واحد، فيكتفى بإحداهما، ويعطى للزوج ثلاثة، وللأم سهم؛ لأن اليقين لها ذلك، وللأخت الحاضرة سهم، بقي هناك سهم يوقف، وإن ظهر أن المفقودة كانت حية يوم مات هذا الميت، فذلك له، وإن علم أنها كانت ميتة يرد ذلك على الأم.

امرأة ماتت، وتركت أمًا وثلاث أخوات متفرقات والتي من الأب والأم مفقودة، وتركت عمًا أيضًا، فنقول: لو كانت المفقودة حية كانت للأم سهم [من ستة، وللتي من الأب والأم، وللأخت لأب سهم، وللأخت لأم سهم، ويسقط العم، ولو كانت ميتة كانت الفريضة من ستة، للأم سهم، وللتي من الأم سهم، وللتي من الأب] [1] السهم الباقي، فالمسألتان تخرجان من أصل واحد، ويكتفى بأحدهما، ويعطى كل وارث ما هو المتيقن له، فيعطى للأم سهم، وللتي من الأم سهم، وللتي من الأب سهم؛ لأن لها سهمًا في حال، وثلاثة في حال، فالمتيقن لها في سهم، بقي هنالك ثلاثة يوقف، فإن علم حياة المفقود قبل موت هذا الميت، فهي لها، وإن علم موته قبل ذلك يرد من الموقوف سهمان على الأخت التي من الأب، وسهم على العم، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل.

القسم الثاني: أن يكون إحدى المسألتين جزءًا من الأخرى، فيكتفى بأكثرهما سهامًا، ويعطى لكل وارث أقل النصيبين وهو المتيقن، ويوقف الباقي، مثاله: امرأة ماتت، وتركت أمًا وزوجًا وثلاث إخوة لأب، إحداهن مفقودة حية كان للأم سهم من ستة، وللزوج ثلاثة، وللأخوات أربعة، فتعول إلى ثمانية، وتصح من أربعة وعشرين؛ لأن نصيب الأخوات وذلك أربعة لا يستقيم على عدد رؤوسهن، فإنهن ثلاثة، فيضرب عدد رؤوسهن، وذلك ثلاثة في أصل المسألة مع عولها، وذلك ثمانية، فيصير أربعة وعشرين، كان للزوج ثلاثة صارت مضروبة في ثلاثة، فذلك تسعة، وكان للأم سهم، وصار مضروبًا في ثلاث، فذلك ثلاثة، وكان للأخوات أربعة، وصارت مضروبة في ثلاثة، فذلك اثنا عشر، ولو كانت المفقودة ميتة، كان للأم سهم من ستة، وللزوج ثلاثة، وللأختين لأب أربعة، فتعول إلى ثمانية، ويصح منها؛ لأن نصيب الأختين، وذلك أربعة يستقيم عليهما لكل واحدة سهمان، فالمسألة الأولى من أربعة وعشرين، والثانية من ثمانية، والثمانية تدخل في أربعة وعشرين، فيكتفى بالأكثر، ويجعل عليه، فللزوج تسعة نظرًا إلى الحالتين؛ لأن له ثلاثة، وصارت مضروبة في ثلاثة، وللأم ثلاثة، وللأختين ثمانية لكل واحدة أربعة؛ لأنه أقل ما يصيبها بقي هناك أربعة يوقف للمفقودة، فإن علم حياتها يوم مات هذا الميت، فذلك لها، وإن كان بخلافه، يرد

(١) زيادة من ج، م

الموقوف على الأختين.

امرأة ماتت، وتركت زوجا وثلاث أخوات متفرقات وثلاث جدات، وأما مفقودة فنقول: لو كانت المفقودة حية كانت المسألة من ستة، للأم سهم، وللزوج ثلاثة، وللأخت لأب وأم ثلاثة، وللأخت لأب سهم، وللأخت لأم سهم، ويسقط الجدات، فيعول إلى تسعة، ولو كانت المفقودة ميتة كانت المسألة من ستة، ويعول إلى تسعة أيضا للجدات سهم، وباقي السهام على حالها، ويصح المسألة من سبعة وعشرين؛ لأن نصيب الجدات، وذلك سهم لا يستقيم على عدد رؤوسهن وهي ثلاثة، فيضرب ثلاثة في أصل المسألة مع عولها، وذلك تسعة، فيضرب سبعة وعشرين، فالمسألة الأولى من تسعة والثانية من سبعة وعشرين، وتسعة يدخل في سبعة وعشرين، فيعمل عليها، فيعطي للزوج تسعة، وللأم ثلاثة وللأخت لأب وأم تسعة، وللأخت لأب ثلاثة، وللأخت لأم ثلاثة، فإن رجعت المفقودة حية كانت لها، وإن علم أنها كانت ميتة يوم مات هذا الميت، فهي للجدات لكل واحد سهم.

امرأة ماتت، وتركت زوجا وأما وثلاثة إخوة لأب وأخا وأم والأخ لأب وأم مفقود، فنقول: لو كان المفقود حيا كانت الفريضة من ستة، لأم سهم، وللزوج ثلاثة، والباقي [للأخ لأب وأم، ولو كان ميتا أصل الفريضة من ستة، ويصح من ثمانية عشر للأم سهم، وللزوج ثلاثة والباقي][١] وذلك سهمان للإخوة، ولا يستقيم عليهم، فيضرب عددهم وذلك ثلاثة في أصل المسألة وذلك ستة، فيصير ثمانية عشر، فالمسألة الأولى من ستة والثانية من ثمانية عشر فيكتفي بالأكثر منهما، ويدخل الأقل فيها، فيعطي للزوج تسعة، وللأم ثلاثة والباقي، وذلك ستة للإخوة لأب لكل واحد سهمان.

امرأة ماتت، وتركت زوجا وأبوين وابنين، وأحد الابنين مفقود، فنقول: لو كان المفقود حيا كان أصل الفريضة من اثني عشر، للزوج ثلاثة وللأبوين أربعة، والباقي للابنين وذلك خمسة، ولا يستقيم عليهما، فيضرب عددهما في أصل المسألة، فيصير أربعة وعشرين، ولو كان المفقود ميتا كان أصل المسألة من اثني عشر، فيدخل الأقل في أكثر، فيكتفي بالأكثر، فيعطي للزوج ستة، وللأبوين ثمانية، وللابن الحاضر خمسة

(١) زيد من ف وم.

نصيبهما، وكان للأخوين لأم سهمان من تسعة مضروبًا في وفق ستة، وذلك اثنان، فيكون أربعة، وكان لهما سهمان من ستة مضروبًا في وفق تسعة وثلاثة، فيكون ستة، فيعطى لهما أربعة؛ لأنها أقل نصيبهما، فجملة ما أعطيناهم اثني عشر من ثمانية عشر بقي إلى تمام ثمانية عشر ستة، فهي موقوفة، فإن عادت المفقودة فالستة لها، وإن ظهر أنها كانت ميتة يوم مات هذا الميت يرد الستة على هؤلاء الثلاثة لحقهم: يرد على الزوج تمام النصف ثلث، ويرد على الأم تمام السدس سهم، ويرد على الأخ لأم تمام الثلثين سهمان.

وإذا مات الرجل أبوين وابنتين وست أخوات متفرقات، فزوجة مفقودة يعمل أولًا على أن المفقودة حية، فيكون المسألة من أربعة وعشرين للزوجة الثمن ثلاثة، وللأبوين الثلث ثمانية، وللابنتين الثلثان ستة عشر، فعالت إلى سبعة وعشرين، ثم يعمل على أنها ميتة، فيكون المسألة من ستة للأبوين الثلث سهمان من ستة، وللابنتين الثلثان أربعة من ستة، فالمسألة الأولى من سبعة وعشرين، والثانية من ستة، وبينهما موافقة بالثلث، فاضرب وفق إحدى الفريضة في جميع الأخرى، فيكون أربعة وخمسين، وكان للأبوين ثمانية من سبعة وعشرين ضربناهما في وفق الستة، وذلك اثنان، فيصير ستة عشر، وكان لهما سهمان من ستة ضربناهما في وفق سبعة وعشرين، وذلك تسعة، فيكون ثمانية عشر، فيعطى لهما ستة عشر؛ لأنه أقل نصيبهما، وكان للبنتين ستة عشر من سبعة وعشرين مضروبًا في وفق الستة، فيصير اثنين وثلاثين، وكان لهما أربعة من ستة ضربناهما في وفق سبعة وعشرين، فيكون ستة وثلاثين، فيعطى لهما اثنان وثلاثون؛ لأنها أقل نصيبهما بقي هناك ستة أسهم موقوف عنده، فإن علم أنها كانت حية يوم مات هذا الميت كان ذلك لها، وإن علم أنها كانت ميتة في ذلك يرد من الموقوف سهمان على الأبوين تمام الثلث، وأربعة على الابنتين تمام الثلثين.

وإذا ماتت المرأة وتركت زوجًا وثلاث أخوات متفرقات، وأخًا لأب وأم مفقود يعمل أولًا أن المفقود حي، فيكون المسألة من ستة، وتصح من ثمانية عشر، ويعمل على أنه ميت، فيكون المسألة من ستة، وتعول إلى ثمانية، وتصح منها، وبين المسألتين موافقة بالنصف، فاضرب نصف أحدهما في جميع الأخرى، فيكون اثنين وسبعين، كان للزوج تسعة من ثمانية عشر مضروب في وفق الثمانية وهي أربعة، فيكون ستة وثلاثين، وله من

الثمانية ثلاثة مضروب في وفق ثمانية عشر وهو تسعة ، فيكون سبعة وعشرين ، فيعطى له سبعة وعشرين ؛ لأنه أقل نصيبه . وكان للأخت لأم من ثمانية عشر ثلاثة ، مضروب في وفق الثمانية ، فيكون اثني عشر ، ولها من الثمانية سهم ، مضروب في وفق ثمانية عشر ، فيكون تسعة ، فيعطى لها تسعة ؛ لأن هذه أقل نصيبها ، وكان للأخت لأب وأم سهمان من ثمانية عشر ، مضروب في وفق الثمانية ، فيكون ثمانية ، ولها من الثمانية ثلاثة مضروبة في وفق ثمانية عشر ، فيكون سبعة وعشرين ، فيعطيها أقل نصيبها ثمانية ؛ لأنه خرج من اثنين وسبعين دفعت أربعة وأربعين بقي ثمانية وعشرون تلك ، فهي موقوف ، فإن رجع حيًا رد من الموقوف على الزوج تمام النصف معه ليكمل له ستة وثلاثين ، ويرد إلى الأخت لأم تمام السدس ثلاثة ليكمل لها اثني عشر ، ويبقى ستة عشر ، فذلك له ، فإن علم أنه كان ميتًا قبل ذلك ، فللزوج ما أخذ ، وذلك تمام حقه ، وللأخت لأم ما أخذت وهو تمام حقها ، ويزاد للأخت لأب وأم تسعة عشر ، فيكمل لها سبعة وعشرون ، وهو ثلاثة أثمان المال ، ويدفع إلى الأخت لأب تسعة وهو تمام حقها

القسم الرابع : أن يكون إحدى المسألتين غير موافق للأخرى ولا يعدلها ولا يساويها ، فاضرب أحدهما في جميع الأخرى [فلما بلغ فمنه يصح القسمة ثم ضرب سهم كل وارث من إحدى المسألتين في جميع الأخرى][1] ، واضرب سهامه من المسألة الثانية في جميع الأولى ، ثم ادفع إليه أقل الأمرين ، مثاله : ثلاثة إخوة متفرقات وأم وأخ لأم وزوج مفقود إن كان الزوج حيًا ، فالمسألة من ستة ، وتعول إلى عشرة ، ويصح منها ، وإن كان الزوج ميتًا ، فالمسألة من سبعة ، ويصح منها ، وليس إحدى المسألتين جزءًا من الأخرى ، ولا موافقة بينهما ، فاضرب إحداهما في الأخرى ، فيكون سبعين ، فمنه تصح القسمة ، فمن له شيء من العشرة ، مضروب في سبعة ، ومن له شيء من السبعة ، مضروب في جميع العشرة ، ويعطى ما هو الأقل . فنقول : كان للأم سهم من عشرة ، مضروب في سبعة ، فيكون سبعة ، وكان لها من السبعة سهم ، مضروب في عشرة ، فيكون عشرة ، فيعطى لها سبعة ؛ لأنها أقل نصيبها ، ومثله للأخت للأم ومثله للأخ لأم ، ومثله للأخت لأب ، وكان للأخت لأب وأم ثلاثة من سبعة مضروب في عشرة ، فيكون ثلاثين ، ولها من العشرة ثلاثة مضروب في سبعة ، فيكون إحدى وعشرين ، فعلمنا أن

---

(١) زيادة من م

فأقل نصيبها أحد وعشرون، فلها ذلك، فتخرج من سبعين تسعة وأربعون، ويبقى أحد وعشرون، فهو موقوف، فإن رجع المفقود، فله ذلك، وإن علم أنه كان ميتًا قبل ذلك يرد من الموقوف إلى الأخت لأب وأم تسعة لتتم لها ثلاثة أسباع المال، وإلى الأخت لأم تمام السبع ثلاثة، وإلى الأخ لأم مثله، وإلى الأخت لأب مثله وإلى الأم مثله

فإذا زادت ستة أخوات متفرقات وأمًا مفقودة، إن كانت حية، فالمسألة من ستة، وتعول إلى سبعة، وإن كانت ميتة، فالمسألة من ثلاثة، وتصح من ستة، وليس إحدى المسألتين جزءًا من الأخرى، ولا موافقة بينهما، فتضرب إحداهما في الأخرى، فيكون اثنين وأربعين، ومنها يصح، فادفع إلى الأختين لأم اثني عشر، وإلى الأختين لأب وأم أربعة وعشرين، ويبقى ستة لتوقفها، فإن رجعت ردت إليها، وإن تبين أنها ماتت قبل ذلك رد من الموقوف إلى الأختين لأم تمام النصف سهمين، وإلى الأختين لأب وأم تمام الثلثين أربعة. والله أعلم.

الفصل الثالث والثلاثون

في ميراث القاتل

٣٤٢٠١ - علم أن القتل مباشرة بغير حق سبب لحرمان الميراث عمداً كان أو خطأً، روى أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا يرث القاتل»(١)، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه قال: «ليس للقاتل من الميراث شيء»(٢)، وكان حرمان القاتل عن الميراث متوارثاً من لدن بني إسرائيل إلى يومنا هذا، روي عن عبيدة السلماني أنه قال: لم يورث قاتل بعد صاحب البقرة، وعن ابن عباس أنه قال: لا يرث قاتل الخطأ مالاً ولا دية، والمعنى في القتل عمداً أن القاتل بقتل المورث يرمي ما هو محظور شرعاً قصد استعجال الميراث، فيجازى بالحرمان، إذ عقوبة عليه أو ردًّا لقصده، وفي الخطأ نقول: هذا الفعل محظور شرعاً، فيجازى بالحرمان كما في العمد.

بيانه: أنه محظور شرعاً؛ لأن هذا المحظور مباح، والفعل غير قابل للحل لم يباح إلا جزاءً على حرمة، وكما لا يتصور أصل الفعل في غير محله لا يتصور ثبوت صفة الإباحة للفعل في غير محلها، وعلمنا أن هذا القتل محظور، ولهذا تعلق به الكفارة وهي ستارة للذنب، ولا نقول إن الخاطئ ليس بمعذور، بل هو آثم، ألا ترى أنه تعلق بفعله ما هو ستارة بالذنب، وإذا لم يعذر في حق تعلق الإثم بفعله جاز أن لا يعذر في حق حرمان الميراث بفعله، ولو قيمته أو تهمة القصد في استعجال الميراث متحقق، فمن الجائز أنه كان

(١) أخرجه أبو داود في سننه [illegible] (٤٥٦٤)، وأحمد في مسنده [illegible] (٣٤٦)، وعبد الرزاق في مصنفه [illegible] (١٧٧٨٦)، وابن أبي شيبة في مصنفه ٦/٢٨١ (٣١٤١٠)، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٢٦٦، والدارقطني في سننه ٤/١٢٠ (٢)، والربيع في مسنده [illegible]، والبيهقي في الكبرى ٦/٢١٨ (١١٩٥٢)، والدارمي في مسنده ٢/٤٧٨ (٣٠٨٠).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه ٤/٩٦ (٨٧) و٤/٢٣٧ (١٢٢)، والنسائي في الكبرى ٤/٩٧ (٦٣٦٧)، والطبراني في الأوسط [illegible] (٨٨٠)، والبيهقي في الكبرى ٦/٢٢٠ (١٢٠٢٣).

محمد: وهذا عندي عن أبي حنيفة رحمه الله ترك لقوله، قيل: هذه منه دعوى المناقضة على أبي حنيفة رحمه الله، ووجهه أن الأب لما أثر في إسقاط القصاص عن المعلم، فعمل الأب بنفسه، كيف يوجب الضمان على الأب، وحال الأب أقوى من حال المعلم، وقيل: بل هو استدلال منه على رجوعه عن جوابه في الفصل الأول، قال شمس الأئمة السرخسي: وهو الصحيح، وقد ذكرنا هذه المسألة بتمامها في كتاب الجنايات من هذه النسخة.

٣٤٢٠٣ - وإذا قتل الرجل أباه خطأً، وللمقتول أم وامرأة، كان على عاقلة الابن الدية ترث أم المقتول من ذلك، ومن سائر أمواله الثلث، وللمرأة الربع، والباقي للعصبة إن كان، وإن لم يكن، فالباقي يرد على الأم، والمذهب عندنا أن دية المقتول يكون ميراث لجميع ورثته كسائر أمواله، ومن الناس من قال: ليس للزوج والزوجة من دية المقتول نصيب؛ لأن وجوب الدية بعد الموت، والزوجية ترتفع بالموت بخلاف القرابة، لكنا نستدل بما روي عن ضحاك بن سفيان الكلابي أنه قال: "أمرني رسول الله ﷺ أن أورث امرأة أشيم من ديته"(١) وما يقولون: بأن الدية تجب بعد الموت، والزوجية ترتفع بعد الموت، قلنا: استحقاق الإرث باعتبار الزوجية القائمة إلى وقت الموت المتعدية بالموت، وفي حق هذا المعنى الدية بمنزلة سائر الأموال.

٣٤٢٠٤ - وإذا قتل الرجل وترك ثلاثة إخوة فقتل أحدهم إياهم عمداً، فللباقين أن يقتلاه؛ لأن السبب الموجب للقود وهو العمد، قد تحقق منه ولا نصيب له في ذلك؛ لأن القاتل محروم من الميراث، فإن مات أحد الأخوين الباقيين، لم يكن للباقي أن يقتله؛ لأن نصيب الميت من القصاص صار ميراثاً بينه وبين أخويه، والقاتل يرث أخاه؛ لأنه ليس بقاتل له، فلا يحرم الميراث منه، وإذا ورث جزءاً من القصاص الواجب عليه سقط ذلك

(١) أخرجه أبو داود في «سننه» ٣/١٢٩ (٢٩٢٧)، والترمذي في «سننه» أيضاً ٤/٢٧ (١٤١٥) و٤/٤٢٥ (٢١١٠)، وتقدم في «الأحاديث المختارة» ٨/٨٥، ٨٦، ٨٧ (٨٥، ٨٧، ٨٩)، وابن الجارود في «المنتقى» ١/٢٤٣ (٩٦٦)، والشافعي في «مسنده» ١/٢٠٣، والدارقطني ٤/٧٦ (٢٣)، و٤/٧٧ (٣٠)، والبيهقي في «الكبرى» ٩/١٣٤ (١٦٢٦٨، ١٦٢٦٦)، والنسائي في «الكبرى» ٤/٧٨، ٧٩ (٦٣٦٣)، ومالك في «الموطأ» ٢/٨٦٦ (١٥٥٦)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» ٦/٤١٠ (٣١٥٥٦)، وعبد الرزاق في «مصنفه» ٩/٣٩٧ (١٧٧٦٤)، وأحمد في «مسنده» ٣/٤٥٢ (١٥٨٣٣)، والطبراني في «الأوسط» ٦/٢٠٤ (٨٩٩٨).

فيه، ونقل نصيب الآخر مالاً. فعليه ثلاث أرباع الدية في ماله للأخ الباقي في ثلاث سنين، ألا ترى أنه لو عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالاً، فكذلك إذا سقط جزء من القصاص عن القاتل باعتبار أنه ملكه بالميراث.

٢٢٠٥ - ولو أن أخوين وأختا لأب وأم قتل أحد الأخوين الأم عمداً، والزوج وارث معهم وهو أبوهم. فللأخ الباقي والأخت والزوج أن يقتلوا القاتل؛ لأن القاتل محروم عن ميراث أمه بالقتل، فإن لم يقتلوه حتى مات الأخ الباقي، فللأخت والزوج أن يقتلا القاتل؛ لأن الأخ الباقي مات عن أخ وأخت وأب، فيكون نصيبه للأب، ولا شيء للأخ والأخت من نصيبه، فلم يرث القاتل شيئاً من القصاص بموت أخيه، فإن مات الأب بعد ذلك، لم يكن للأخت أن تقتله؛ لأن نصيب الأب من القصاص صار ميراثاً بين القاتل وأخته، فإنه ليس بقاتل للأب، فلا يكون محروماً عن ميراثه، ويكون لها عليه نصف الدية؛ لأن الأب كان ورث من امرأته الربع، وهو ثلاثة من اثني عشر، وما بقي وهو تسعة بين الأخ والأخت أثلاثاً، للأخ ستة، وللأخت ثلاثة، فلما مات الأخ صار نصيبه للأب، فلما مات الأب عن تسعة، فيكون ذلك بين الابن والابنة أثلاثاً للابن ستة، وللابنة ثلاثة، ثم إذا اجتمع للأخت ستة من اثني عشر، وذلك النصف، فلهذا كان لها نصف الدية.

٢٢٠٦ - ولو أن أخوين وأختا قتل أحد الأخوين أباهم، وقتل الآخر أمهم، فإن قاتل الأم يقتله قاتل الأب مع الأخت، ولا يقتل قاتل الأب؛ لأن قاتل الأب كان مستوجباً للقصاص، وللأم في ذلك نصيب، فلما صار نصيب ذلك ميراثاً منها لقاتل الأب؛ لأنه ليس بقاتل للأم، سقط عنه القصاص، وقاتل الأم قد ورث القصاص، ولم يسقط عنه شيء من ذلك بقتله، فيقتل قصاصاً، ويغرم قاتل الأب للأخت ثمانية وثلاثين من اثنين وسبعين سهماً من الدية؛ لأن الأب خلف امرأته وابنا وابنة، فيكون القسمة من أربعة وعشرين، للمرأة ثلاثة، وللابن أربعة عشر، وللابنة سبعة، فحين قتل الآخر الأم، فنصيبها صار بين قاتل الأب والابنة أثلاثاً، فصار للابنة ثمانية مضروبة في ثلاثة، فذلك أربعة وعشرون، وكان الذي لا ينقسم بينهما ومن الابن أربعة عشرة مضروب في ثلاثة، فيكون اثنين وأربعين، فيكون من ذلك للأخت أربعة عشر، فإذا ضممت أربعة عشر إلى أربعة وعشرين، يكون ثمانية وثلاثين، فلهذا قال: يغرم لها ثمانية

وثلاثين سهمًا من اثنين وسبعين سهمًا من المدية، ويبطل عنه ما سوى ذلك ستة بالميراث عن أمه وثمانية وعشرون بالميراث عن أخيه - والله أعلم - .

الفصل الرابع والثلاثون
في ميراث الخنثى

٢٢٢٠٧- الخنثى: هو الذي لا يعلم أنه ذكر أو أنثى بأن يكون له ذكر، وقيل: طريق معرفة حاله أنه ذكر أو أنثى قبل البلوغ بالبول، فإن كان يبول من حيث يبول الغلام يحكم بكونه غلامًا، ويرث ميراث الغلام؛ لأن علامة الذكورة قائمة صورة ومنفعة، أما صورة فظاهر، وأما منفعة فإن المنفعة الأصلية للذكر خروج البول، وعلامة الأنوثة قائمة صورة لا منفعة، ولا شك أن اعتبار ما هو قائم صورة ومنفعة أولى، وإن لم يعتبر علامة الأنوثة صار وجودها والعدم بمنزلة، ولو عدم لا شك أنه يحكم بكونه ذكرًا، وبعض مشايخنا قالوا: إذا بال من حيث يبول الرجال يجعل المعنى الآخر فيه نقصان الخلقة كالإصبع الناقصة، وإن كان يبول من حيث يبول الأنثى يحكم بكونه أنثى، ويرث ميراث الأنثى، فإن علامة الأنثى قائمة صورة ومنفعة، وعلامة الذكور قائمة صورة لا منفعة، فكانت العبرة لعلامة الأنثى، ويجعل الآخر فيه زيادة خلقة، والأصل في تحكيم البول في هذا الباب قوله عليه السلام: «الخنثى يورث من حيث يبول»[1]، وعن علي رضي الله عنه مثله.

وإن كان البول يخرج من المبالين جميعًا فالحكم لأسبقهما خروجًا؛ لأن العلامتين قائمتان صورة ومنفعة، فيترجح السابق، فللسبق عبرة في كثير من أحكام الشريعة، فإن كان البول يخرج منهما معًا، وهو مشكل عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: ينظر إلى أكثرهما خروجًا، وإن استويا في مقدار الخارج، فهو مشكل عندهما أيضًا، فينظر إلى ما يزول حاله، وما يكون منه في حال بلوغه؛ لأنه بعد ما بلغ لا بد وأن يكون منه حبل، أو يزول مني، أو يزول حيض أو نبات اللحية أو إحبال أو عظم الثديين،

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٦/ ٢٧٧ (٣١٣٦٨) وأحمد بن حنبل في العلل ومعرفة الرجال ٢/ ٤٤٤ (٢١٢٨) موقوفًا على سعيد بن المسيب لا مرفوعًا كما أخرجه ابن أبي شيبة أيضًا موقوفًا على جابر بن زيد وسعيد بن المسيب.

فيجعل بعض ذلك علامة ذكورته، والبعض علامة أنوثته، وعن الحسن: أنه يعد أضلاعه، فإن أضلاع المرأة تنقص من أضلاع الرجل بواحد، وحكى أبو الحازم القاضي عن ابن سيرين: أنه إذا كان ثديه مستدلياً[1] مستقبلاً، فهي امرأة.

والحكم في توريث الخنثى المشكل أن يعطى له ميراث أنثى، إلا أن يكون أسوأ أحواله أن يكون ذكراً، فيجعل ذكراً، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال الشعبي وابن أبي ليلى والثوري، واللؤلؤي: يعطى له نصف نصيب الذكر ونصف نصيب الأنثى، وهو مذهب ابن عباس.

٢١٢٠٨- جئنا إلى المسائل: هلك الرجل، وترك ابناً وخنثى مشكلاً، فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: المال بينهما أثلاثاً، ثلثاه للابن وثلثه للخنثى، وهو ميراث البنت. وعلى قول الشعبي وهو قول ابن عباس إن كان الخنثى ذكراً، فله نصف المال، والمسألة من ستين، وإن كان أنثى، فله ثلث المال، والمسألة من ثلاثة، فقد اجتمع في حقه الثلث والنصف، فيعطى له نصف ما اجتمع له، وذلك ربع وسدس، والباقي للابن.

٢١٢٠٩- ولو ماتت امرأة، وتركت زوجاً وأختاً لأب وأم وخنثى لأب، فللزوج النصف وللأخت لأب وأم النصف، ولا شيء للخنثى؛ لأن أسوأ أحواله في الصورة أن يجعل ذكراً، فإنا لو جعلناه ذكراً لا يصيبه شيء، ولو جعلناها أنثى نصيبها السدس، وتعول المسألة من ستة إلى سبعة، فجعلناها ذكراً، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

٢١٢١٠- وإذا هلك الرجل، وترك زوجة وأختاً لأب وأم وعصبة وخنثى، فللخنثى نصف السدس، فهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، ولو ترك أبوين وولداً خنثى، فعلى قول أبي حنيفة: للأبوين سهمان من خمسة، وللخنثى ثلاثة من خمسة؛ لأن الخنثى لو كان ذكراً كانت الفريضة من ستة للأبوين السدسان، وللابن أربعة، ولو كانت أنثى كان للأبوين سهمان من ستة وللابنة ثلاثة، والسهم الباقي يرد عليهم على خمسة، فنصيب البنت في هذه الصورة ثلاثة من خمسة، فيعطى الخنثى ذلك.

(١) وفي م: مستديراً

ولو ترك زوجة وابنًا وولدًا خنثى، فعلى قول من يقول: بنصف النصيبين، يقول: إن كان الخنثى ذكرًا فالمسألة من ثمانية، ويصح من ستة عشر، للمرأة سهمان، ولكل ابن سبعة، وإن كان أنثى، فالمسألة من ثمانية، والصحيح من أربعة وعشرين، ولها من ذلك سبعة، وإحدى المسألتين من ستة عشر، والأخرى من أربعة وعشرين، وبينهما موافقة بالأثمان، فاضرب ثمن إحداهما في الأخرى، فيكون ثمانية وأربعين، وعليها يقسم المال، فللمرأة ثمن ذلك ستة، فيبقى اثنان وأربعون، وللخنثى إذا كان ذكرًا أحد وعشرون، وإن كان أنثى أربعة عشر، فيجمع ذلك، فيكون خمسة وثلاثين، فللخنثى نصف ذلك وهو سبعة عشر ونصف، والباقي للابن وهو أربعة وعشرون ونصف، وينقل المسألة إلى ستة وتسعين ليزول الكسر، وعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أصلها من ثمانية، ويصح من أربعة وعشرين؛ لأنه يجعل للخنثى أدنى الحالين، وذلك حالة الإناث، فيكون الباقي سبعة بين الابن والخنثى على ثلاثة ويصح من أربعة وعشرين.

رجل مات، وترك ابنًا وابنة وولدًا خنثى، فنقول: لو كان الخنثى أنثى، فكانت الفريضة من أربعة، ولو كان الخنثى ذكرًا كانت الفريضة من خمسة، فاضرب حال التأنيث في حال التذكير وهو أربعة في خمسة، فصار عشرين، ثم في حالين، فصار أربعين، منها تخرج المسألة صحيحة، فنقول: لو كان الخنثى ذكرًا لكان لها خمسا المال ستة عشر، ولو كان الخنثى أنثى لكان لها ربع المال عشرة أسهم، فلها نصف الحالين، وذلك ثلاثة عشر، ويبقى سبعة وعشرين بين الابن والابنة، للذكر مثل حظ الأنثيين.

وإن ترك ابنين وابنتين وولدًا خنثى، فنقول: لو كان الخنثى أنثى لكان الفريضة من سبعة، ولو كان الخنثى ذكرًا لكان الفريضة من ثمانية، فاضرب حال التأنيث في حال التذكير، وذلك سبعة في ثمانية، فصارت ستة وخمسين، ثم في الحالين، فصار مائة واثني عشر، فنقول: لو كان الخنثى ذكرًا لكان له ثمانية سهمان وهو الربع، وذلك ثمانية وعشرون، ولو كان الخنثى أنثى لكان لها سبع المال ست عشر، فصار للخنثى في حالين أربعة وأربعون، فلها نصف الحالين، وذلك اثنان وعشرون، وبقي تسعون سهمًا بين الابنين والابنتين للذكر مثل حظ الأنثيين لكل ابنة خمسة عشر ولكل ابن ثلاثون.

وإن ترك ثلاث بنين وثلاث بنات وولدًا خنثى فكانت الفريضة من عشرة أسهم،

ولو كان الخنثى ذكراً لكانت الفريضة من أحد عشر، فاضرب عشرة في أحد عشر، فيكون مائة وعشرة، ثم في حالين، فصار مائتين وعشرين منه تخرج المسألة صحيحة.

فنقول: لو كان الخنثى أنثى لكان لها عشر جميع المال اثنان وعشرون، ولو كان الخنثى ذكراً لكان لها جزءان من أحد عشر وهو أربعون سهماً فصار للخنثى في حالين اثنان وستون، فلها نصف الحالين أحد وثلاثون سهماً، ويبقى مائة وتسعة وثمانون سهماً بين البنين والبنات للذكر مثل حظ الأنثيين لكل ابنة أحد وعشرون ولكل ابن اثنان وأربعون، وإن شئت قلت، كان للخنثى في حال التأنيث سهم من عشرة، وفي حال التذكير سهمان من أحد عشر، فاضرب نصيبه الذي في حال التأنيث في فريضة التذكير، ونصيبه الذي في حال التذكير في فريضة التأنيث، فاجمع ذلك كله، فما اجتمع، فذلك نصيب الخنثى، وهو أن يقول في هذه المسألة: كان للخنثى في حال التأنيث في فريضة التذكير، ونصيبه الذي في حال التذكير في فريضة التأنيث فاجمع ذلك كله، فما اجتمع، فذلك نصيب الخنثى، وهو أن يقول: في هذه المسألة كان للخنثى في حال التأنيث سهم من عشرة مضروب في أحد عشر، فيكون في أحد عشر، وكان للخنثى في حال التذكير سهمان من أحد عشر مضروب في عشرة، فصار عشرين، فجميع ذلك أحد وثلاثون، ولكل ابنة في حال التأنيث سهم من عشرة، فاضربه في أحد عشر، فيكون أحد عشر، ولكل ابنة في حال التذكير سهم من أحد عشر، فاضربه في عشرة، فصار عشرة، فجميع ذلك أحد وعشرون، وهذا نصيب كل ابنة ولكل ابن مثلي ذلك.

٢١٢١١ - رجل مات، وترك ولداً خنثى وعصبة، فنقول: لو كان الخنثى أنثى لكانت الفريضة من سهمين، ولو كان الخنثى ذكراً، لكانت الفريضة من سهم، فاضرب حال التذكير في حال التأنيث، وهو اثنان في واحد، فيكون اثنين، ثم اضربه في حالين، فصار أربعة، ولو كان الخنثى ذكراً لكان له جميع المال أربعة، ولو كان الخنثى أنثى، لكان لها نصف المال، فصار للخنثى في حال أربعة، وفي حال سهمين، فلها نصف الحالين ثلاثة أسهم، ويبقى سهم، فهو للعصبة.

فإن ترك ولدين خنثى وعصبة، فنقول: لو كانا ذكرين لكان المال بينهما نصفين، وكانت الفريضة من سهمين، ولو كانا أنثيين لكانت الفريضة من ثلاثة، ولو كان الأول ذكراً، والآخر أنثى، أو كان الأول أنثى، والآخر ذكراً، لكانت الفريضة من ثلاثة،

فصارت الفريضة في ثلاثة أحوال من ثلاثة، وفي حال من سهمين، فيجزي ثلاثة عن بأمثالها، فنضرب ثلاثة في اثنين، فصار ستة في أربعة أحوال، فصارت أربعة وعشرين سهمًا. منه تصح الفريضة، فنقول: لو كانا ذكرين لكان لهما جميع المال أربعة وعشرون، ولو كانا أنثيين لكانت الفريضة من ثلاثة، ولو كان الأول ذكرًا، والآخر أنثى، وكان الأول أنثى، والآخر ذكرًا لكانت الفريضة من ثلاثة، فصارت الفريضة في ثلاثة أحوال من ثلاثة، وفي حال من سهمين، فيجزي ثلاثة عن بأمثالها، فنضرب ثلاثة في اثنين، فصارت ستة في أربعة أحوال، فصارت أربعة وعشرين سهمًا، فمنها تصح الفريضة، فنقول: لو كانا ذكرين لكان لهما جميع المال أربعة وعشرون، ولو كانا أنثيين لكان لهما ثلثا المال ستة عشر، ولو كان أحدهما ذكرًا، والآخر أنثى لكان لهما جميع المال أربعة وعشرون، فصار لهما في جميع الأحوال ثمانية وثمانون، فلهما ربع ذلك اثنان وعشرون يبقى سهمان وهو للعصبة

١٢٦٤٣ - رجل مات، وترك أختًا لأب وأم خنثى وأختًا لأم خنثى وعصبة، فنقول: لو كانت الأخت لأب وأم أنثى كانت الفريضة من ستة، ولو كانت ذكرًا كانت الفريضة من ستة، فستة[1] يجزي عن ستة، فيضرب ستة في حالين، فصار اثني عشر، للأخت من الأم منها سهمان ذكرًا كان أو أنثى، ويبقى من المال عشرة أسهم، فهو للأخ من الأب والأم لو كان ذكرًا، ولو كان أنثى لكان له نصف المال ستة أسهم، فصار للخنثى من قبل الأب والأم في حال ستة، وفي حال عشرة، فله نصف الحالين ثمانية أسهم، ويبقى سهمان، وهو للعصبة.

فإن ترك أختًا لأب وأم خنثى وأختًا لأب خنثى، فنقول: لو كانتا أنثيين جميعًا كانت الفريضة من ستة أسهم، ولو كانا ذكرين لكانت الفريضة من سهم، ولو كانت الأخت من الأب والأم أنثى والأخت من الأب ذكرًا لكانت الفريضة من سهمين، ولو كانت الأخت من الأب والأم ذكرًا والأخت من الأب أنثى لكانت الفريضة من سهم، فصار في حال من ستة، وفي حال من سهمين، وفي حال من سهم، فستة تجزي عن هؤلاء كلها، فيضرب ستة في أربعة أحوال، فصار أربعة وعشرين منها يخرج المسألة

(١) وفي م: من ستة فيجزي منه من ستة.

صحيحة، لو كانا ذكرين جميعاً لكان المال كله للأخ من الأب والأم وهو أربعة وعشرون سهماً، ولو كان الأخ من الأب والأم ذكراً، والأخرى أنثى لكان المال كله للأخ من الأب والأم وهو أربعة وعشرون سهماً. ولو كانا جميعاً أنثيين لكانت للأخت من الأب والأم نصف المال اثني عشر سهماً، ولو كانت الأخت من أب وأم أنثى، والأخرى ذكراً لكان للأخت من الأب والأم نصف المال اثني عشر سهماً، وذلك ثلاثة أرباع المال، وأما الأخت من الأب لو كانتا جميعاً أنثيين لكان لها سدس المال أربعة أسهم، ولو كانا ذكرين لكان لا شيء له، ولو كانت الأخت من الأب والأم أنثى والأخت من الأب ذكراً لكان للأخ من الأب نصف المال اثني عشر سهماً، ولو كانت للأخت من الأب والأم ذكراً، والأخت من الأب أنثى لا شيء للأخت من الأب، فصار للأختين من الأب في حالين لا شيء، وفي حال أربعة وفي حال اثني عشر، فصار لها في جميع الأحوال ستة عشر، فلها ربع ذلك، وهو أربعة أسهم ويبقى سهمان وهو للعصبة.

فإن ترك ثلاثة أخوات متفرقات كلهن خناثى، فأما الأخت من الأم فلها حال التأنيث وحال التذكير سواء، وأما الأخت من الأب والأم والأخت من الأب، فيختلف أحوالهما في التأنيث والتذكير، إن كانا جميعاً أنثيين، لكانت الفريضة من ستة، وإن كانا ذكرين لكانت الفريضة من ستة، ولو كانت الأخت من الأب والأم ذكراً والأخت من الأب أنثى، لكانت الفريضة من ستة، ولو كانت الأخت من الأب والأم أنثى والأخت من الأب ذكر لكانت الفريضة من ستة، فصار في جميع الأحوال الفريضة من ستة، فستة يجري من ستة أمثالها، فاضرب ستة في أربعة أحوال، فصار أربعة وعشرين منها، تخرج المسألة صحيحاً، فللأخت من الأم السدس من ذلك أربعة أسهم، وبقي عشرون سهماً، فهو للأخت من الأب والأم، وللأخت للأب إن كانا ذكرين جميعاً يعني الأخ من الأب والأم والأخ من الأب، ولو كانت الأخت من الأب والأم ذكراً، والأخت من الأب أنثى، لكان للأخ من الأب والأم عشرون سهماً، ولو كانتا أنثيين لكان للأخت من الأب والأم النصف اثنى عشر، ولو كان الأخ من الأب ذكراً والأخت من الأب والأم أنثى لكانت للأخت من الأب والأم النصف اثنى عشر، وللأخت من الأب والأم في جميع الأحوال أربعة وستون، فلها ربع ذلك ستة عشر سهماً، وأما الأخت من الأب لو كن إناثاً لكان لها سدس المال أربعة أسهم، ولو كانوا ذكوراً لكان لا شيء للأخ من

للأب ، ولو كان الأخت من الأب أنثى وهؤلاء ذكوراً لكان للأنثى ثلث الأخت من الأب ،
ولو كان الأخ من الأب ذكراً وهؤلاء إناثاً لكان للأخ من الأب ثلث المال ثمانية أسهم ،
وصار لهما في جميع الأحوال اثنا عشر سهماً ، فله ربع ذلك ثلاثة أسهم ، وبقي سهم ،
فهو للعصبة - والله أعلم - .

الاختلاف في انفصاله حيًا أو ميتًا، فشهدت القابلة على انفصاله حيًا أجمعوا على أنه تقبل شهادة القابلة في حق الصلاة عليه، وهل يقبل شهادتها في الإرث؟ قال أبو حنيفة: لا يقبل، وقالا: يقبل.

فصل آخر منه:

٢١٢١٤- رجل مات، وترك ابنًا وأم ولد حاملًا، فولدت ابنًا، فاستهل، ثم مات، فلا شك أن الميراث بين الابنين؛ لأن الابن المستهل وارث لما كان حيًا يوم مات المورث، فيظهر أن المورث مات عن ابنين ليكون الميراث بينهما، فإذا مات المستهل بعد ذلك، فقد ترك أخًا وأمًا فللأم ثلث ما ورثه وهو سدس جميع المال، والباقي للأخ، فيحصل للأخ خمسة أسداس النصف من أبيه والسدسان من الأخ، وإن ولدت ابنًا وابنة واستهل الابن ثم مات فقد علمنا أن الحمل كان وارثًا يوم مات الأب، فيكون قد مات عن ابنين وبنت، فيكون المال بينهم على خمسة، فحين مات هذا المستهل، فقد مات عن سهمين، وخلف أمًا وأختًا وأخًا، فيكون نصيبه بينهم على ثمانية عشر وبين نصيبه وفرضه موافقة بالنصف، فيضرب وفق الفريضة الثانية، وذلك تسعة في الفريضة الأولى، وذلك خمسة، فيصير خمسة وأربعين: كان للابن الأصلي سهمان من الفريضة الأولى، مضروبًا في وفق الفريضة الثانية، وذلك تسعة، فيكون ثمانية عشر، وللابن المستهل كذلك ثمانية عشر، وللابنة من أبيها سهم، مضروب في وفق الفريضة الثانية، وذلك تسعة، فيكون تسعة، ثم ما أصاب الابن المستهل، وذلك ثمانية عشر سهم يقسم بين أخيها وأمها وأختها، للأم السدس ثلاثة، وللأخ عشرة، وللأخت خمسة، فجملة ما حصل للابن الأصلي من التركتين ثمانية وعشرون، ثمانية عشر من التركة الأولى وعشرة من التركة الثانية، وجملة ما حصل لأخت المستهل من التركتين أربعة عشر تسعة من التركة الأولى، وخمسة من التركة الثانية، وحصل لأم الابن المستهل ثلاثة، جملة ما حصل لهم خمسة وأربعون. وإن استهلت الابنة، ثم ماتت، فإن المال يقسم على ستين للابن الأصلي من أبيه أربعة وعشرون، ومن أخته خمسة، فيحصل له من المالين تسعة وعشرون، وللابن الحي ولد مع الابنة المستهلة تسعة وعشرون، ولأم المستهلة سهمان

أيضاً، فيستقيم التخريج.

فإن ترك أماً وأختاً وزوجة حاملاً، فولدت ابناً، فاستهل الابن، ثم مات، فالميت الأول مات عن أم وامرأة وابن وأخ، فالأخ في هذه الصورة يكون ساقطاً بالابن، ويكون فريضة الابن للميت الأول من أربعة وعشرين، فإذا مات الابن بعد ما استهل، فقد مات عن سبعة عشر سهماً، وخلف أماً وعماً، وجدة لا ترث منه لكون أمه، فيكون فريضته من ثلاثة، فيضرب فريضة المستهل، وذلك ثلاثة في فريضة الميت الأول، وذلك أربعة وعشرون، فيصير اثنين وسبعين، فعليها يقسم المال كان للأم الميت الأول من تركة ابنها أربعة، صار مضروباً في ثلاثة، فيكون اثني عشر، وكان للزوجة الميت الأول من تركة زوجها ثلاثة، وصارت مضروبة في ثلاثة، فيكون تسعة، وكان للابن المستهل من أبيه سبعة عشر، مضروباً في ثلاثة، وذلك أحد وخمسون، فيقسم على أم المستهل، وعلى عمه أثلاثاً الثلث للأم سبعة عشر، والثلثان للعم أربعة وثلاثون، وإن ولدت بنتاً، واستهلت وماتت، والمسألة بحالها، فإن المال يقسم على أربعة وعشرين، ومنها يصح المسألتان لأم الميت الأول من ابنها أربعة، ولزوج الميت الأول من زوجها ثلاثة، ولها من ابنتها أربعة، ولأخ الميت الأول من أخيه بحكم الأخوة خمسة ومن ابن أخيه بحكم العمومة ثمانية، فجملة ما حصل له ثلاثة عشر والله أعلم

فصل آخر منه:

٢١٢٦٥ - إذا ترك الرجل أم ولد حاملاً وأماً وأخاً، فولدت بعده ابناً وابنة، فاستهل أحدهما بغير عينه، ووجدا ميتين، فالسبيل فيه أن يقدر كأن الابنة هي المستهلة، فيكون الميت قد ترك أماً وأخاً وبنتاً، فللأم السدس، وللابنة النصف، والباقي للأخ، أصل المسألة وتصحيحها من ستة، فإذا ماتت هذه الابنة، فقد ماتت عن ثلاثة وخلفت أماً وعماً، ففريضتها من الثلاثة، للأم الثلث، والباقي للعم، ففريضتها ثلاثة، ونصيبها من الأول ثلاثة، ففريضتها توافق نصيبها، فيصح المسألتان من ستة، ثم يقدر كأن الابن هو المستهل، فيكون الميت قد ترك أماً وابناً وأخاً، فالأخ يسقط، ويكون للأم سهم، وللابن خمسة أسهم، فإذا مات الابن، فقد مات عن أم وعم، ففريضته من ثلاثة،

ونصيبه من الميت الأول خمسة، ففريضته لا تنقسم على نصيبه، ولا موافقة بين فريضته وبين نصيبه، فيضرب إحدى الفريضتين في الأخرى، ثلاثة في ستة، فيصير ثمانية عشر، كان للأم من الأول سهم من ستة مضروب في ثلاثة، فيصير ثلاثة، وكان للابن من تركة الميت الأول خمسة مضروب في ثلاثة، فيصير خمسة عشر يستقيم على فريضة الابن من الميت الثاني ثلاثة: ثلثها لأمه خمسة وثلثاها لعمه، وذلك عشرة، فإذا كان تصحيح هذه المسألة من ستة إن كانت المستهلة هي الابنة ومن ثمانية عشر إن كان المستهل هو الابن، فنقول: يدخل ستة في ثمانية عشر؛ لأن ستة أقل العددين، وتداخل أقل العددين في أكثر العددين أصل في الشرع، فيكتفى بالأكثر، وهو ثمانية عشر، ويجعل المال على ثمانية عشر، فيصيب الأخ اثني عشر إن كانت المستهلة هي الابنة ستة من فريضة الميت الأول وستة من فريضة الميت الثاني، ونصيب الأخ عشرة إن كان المستهل هو الابن، فيعطى لها عشرة؛ لأنها أقل، ولأم الميت الثاني ثلاثة من ثمانية عشر إن كان المستهلة هي الابنة وإن كان المستهل هو الابن، فلها خمسة، فيعطى لها ثلاثة؛ لأنها أقل، ولأم الميت الأول ثلاثة، فيبقى سهمان إلى ثمانية عشر، فيوقفان حتى يصطلح عم الميت الثاني مع أمه.

ومما يتصل بهذا الفصل:

٢١٢٦٠- إذا مات الرجل عن امرأة حبلى يوقف للحمل ميراث أربعة بنين في رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله، وعن محمد رحمه الله روايتان: في رواية: يوقف نصيب ثلاث بنين، وفي رواية هشام: يوقف نصيب ابنين، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله، وعن أبي يوسف رواية الخصاف: أنه يوقف نصيب ابن واحد، وعليه الفتوى، فنقول: إذا مات الرجل، وترك ابناً وأم ولد حامل، فعلى رواية ابن المبارك: إنما يعطى للابن خمس المال، ويجعل كأن الحمل أربعة بنين، وعلى رواية هشام: يدفع للابن ثلث المال، ويجعل كأن الحمل ابنان، وعلى رواية الخصاف يدفع إلى الابن نصف المال، ثم سائر الورثة مع الحمل لا يخلو حالهم إما أن يكون الوارث مع الحمل ممن لا يتغير فريضته بالحمل وممن يتغير فريضته بالحمل، ولا يخلو إما أن يكون ممن

يسقط في بعض الأحوال، ومن لا يسقط، فإن كان ممن لا يتغير فريضته، فإنه يعطى فريضته حتى إذا ترك امرأة حاملا وجدة، فللجدة السدس؛ لأنه لا يتغير فريضتها بالحمل، وكذلك إذا ترك ابناً وامرأة حاملاً، فإنه يعطى المرأة الثمن؛ لأنه لا يتغير فريضتها بهذا الحمل، ولو ترك امرأة حاملا وأخا وعمًا لا يعطى للأخ والعم شيئًا؛ لأنه من الجائز أن يكون الحمل ابنًا، فيسقط معه الأخ والعم، ولا من يرث مع الحمل إلا القدر المتيقن به؛ لأن التوريث في موضع الشك لا يجوز، وإذا كان ممن يتغير فرضيته بالحمل، فالمتيقن له أقل النصيبين، فلا يعطى إلا ذلك، وإذا كان ممن يسقط بحال، فأصل الاستحقاق له مشكوك، فلهذا لا يعطى شيئًا.

ثم إن كان الأقل لنصيب سائر الورثة أن يجعل الحمل ذكرًا، يجعل ذكرًا، وإن كان الأقل لنصيب سائر الورثة أن يجعل الحمل انثى، يجعل انثى، وإنما يوقف للحمل أوفر النصيبين، ولا يعطى سائر الورثة إلا الأقل احتياطًا، بيانه: امرأة ماتت، وتركت زوجًا وأمًا وهي حامل من أبيها، فإن الحمل يجعل أنثى ههنا على الروايات كلها؛ لأنا لو جعلنا الحمل ذكرًا كان للزوج النصف كاملا ثلاثة من ستة، وللأم الثلث سهمان والباقي، وهو سهم للأخ، وإذا جعلنا الحمل أنثى، فعلى رواية ابن المبارك: الحمل كأربع أخوات، وعلى رواية هشام: الحمل بمنزلة أختين، فيكون لهما الثلثان، ونقول: المسألة بسهمين للزوج ثلاثة وللأم السدس سهم والأختين أربعة، ولا شك أن ثلاثة من ثمانية دون ثلاثة من ستة، وكذلك على رواية الخصاف؛ لأنا إن جعلنا الحمل أنثى، فالقسمة من ثمانية للزوج ثلاثة، وللأم سهمان، فإن الأخت الواحدة لا تحجب الأم من الثلث إلى السدس، وللأخت ثلاثة، فيكون القسمة من ثمانية، فلهذا جعلنا الحمل أنثى، فيوقف لها ثلاثة من ثمانية، فإن ولدت الأم ابنة، فالموقوف يكون لهما، وتبين صحة القسمة، وإن ولدت ابنتين، نقضت القسمة الأولى، ويسترد من الأم أحد السهمين، فيكون للأختين، وإن ولدت ابنًا، فقد بطلت القسمة الأولى، وإنما يقسم المال من ستة للزوج النصف ثلاثة، وللأم الثلث سهمان، والباقي وهو سهم للأخ بالعصوبة

٣٦٤١٧-قال الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل: إذا مات الرجل عن امرأة وابنين، وادعت المرأة أنها حامل يعرض على امرأة ثقة أو امرأتين حتى يمس عليها جنبها، فإن لم توقف على شيء من علامات الحمل يقسم الميراث، وإن وقفت على

شيء من علامات الحمل تربصوا حتى تلد، ولا يقسم الميراث، فكذلك لو مات الرجل وترك ابنا وامرأة حاملا، قال القاضي لا يقسم الميراث حتى تلد، فإن كان الوارث أكثر من الواحد لم ينتظر، والولادة إذا كانت قريبة لا يقسم، وإن كانت بعيدة يقسم، ومقدار القرب والبعد مفوض إلى رأي القاضي. هذه المسألة مذكورة ههنا ولم يتعرض إلى المسألة الثانية، ولم أعرف وجهها

الفصل السابع والثلاثون
في ميراث أهل الكفر

٢٦٦١٩ - اعلم بأن الكفار يتوارثون فيما بينهم بالأسباب التي يتوارث بها المسلمون فيما بينهم، وقد يتحقق فيما بينهم جهات الإرث لا يرث بها المسلمون من نسب، أو سبب، أو نكاح، لا خلاف أنهم لا يتوارثون بالأنكحة التي لا يصح فيما بين المسلمين بحال نحو نكاح المحارم بنسب أو رضاع ونكاح المطلقة ثلاثًا قبل زوج آخر، ويختلفون بالتوارث بحكم النكاح في العدة والنكاح بغير شهود، وقال زفر: لا يتوارثون بهما، وقال أبو حنيفة: يتوارثون بهما، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يتوارثون بالنكاح بغير شهود، ولا يتوارثون بالنكاح في العدة، وهذا بناء على اختلافهم في تقريرهم على هذه الأنكحة إذا أسلموا، وقد بينا ذلك في كتاب النكاح، ثم لا خلاف أن الكافر لا يرث المسلم بحال، وكذلك المسلم لا يرث الكافر في قول أكثر الصحابة وهو مذهب الفقهاء، وروي عن معاذ ومعاوية رحمهما الله قال: لا يرث المسلم الكافر لقوله عليه السلام: «الإسلام يعلو ولا يعلى»(١)، وفي الإرث نوع ولاية للوارث على المورث، فلعلو حال الإسلام لا يثبت حال الولاية للكافر على المسلم، ويثبت للمسلم على الكافر، ولا خلاف بين أصحابنا أن الحربي لا يرث الذمي سواء كان الحربي مستأمنًا في دارنا، أو في دار الحرب.

وأهل الذمة يرث بعضهم بعضًا، وإن اختلفت صور مللهم عند عامة الصحابة والفقهاء، فيرث النصراني من اليهودي، واليهودي من النصراني، ويرثان من المجوسي، والمجوسي يرث منهما، إلا إذا اختلفت الديار أو يستحل كل ملة قتال الملة الأخرى، فحينئذ لا يتوارثان حتى إن النصراني إذا مات في دار الإسلام، وله ابن في دار العهد أو

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ١/ ٤٥٤ معلقًا في ترجمة الباب: باب إذا أسلم الصبي [illegible]، وحسنه [illegible] في الأحاديث المختارة ٨/ ٢٤٠ (٢٩١)، والطحاوي في مشكل الآثار ٣/ ٢٥٧، والدارقطني في سننه ٣/ ٢٥٢ (٣٠)، والبيهقي في الكبرى ٦/ ٢٠٦ (١١٩٣٥)، والروياني في مسنده ٢/ ٣٧ (٧٨٢).

دار الترك لا يرثه، وبعض الصحابة جعلوا الكفر كله ملتين، فجعلوا اليهودي والنصراني ملة، وباقي الكفر ملة أخرى، وعن شريح وابن أبي ليلى والحسن وشريك والحسن بن صالح والثوري وعطاء: أن الكفر ثلاث ملل، فاليهود والسامرة ملة، والنصارى والصابئون ملة، وباقي الكفرة من المجوس وغيرهم ملة، ومن جعلهم ملل لم يرث ملة من ملة، وكان أبو حنيفة وأصحابه يورثون أهل الحرب بعضهم من بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة، وإذا اختلفت الدار لم يرث، وتفسير اختلاف الدارين أن يكون ملكين في موضعين، ويرى بعضهم قتل البعض، وإن اتفقت الملة، وهذا بخلاف المسلمين، فإن أهل العدل مع أهل البغي يتوارثون فيما بينهم؛ لأن دار الإسلام دار أحكام، فباختلاف الملك والمنعة لا يتباين الدار فيما بين المسلمين؛ لأن أحكام الإسلام يجمعهم، فأما دار الحرب ليس دار الأحكام، بل هي دار قهر، فباختلاف المنعة والملك يختلف الدار بينهم، واختلاف الدارين يقطع التوارث، وكذلك إذا خرجوا إلينا بأمان يعني أهل الدارين المختلفين؛ لأنهم من أهل دار الحرب، وإن كانوا مستأمنين يجعل كل واحد منهم في الحكم كأنه في منعة ملكه الذي خرج فيما بينهم بعد ذلك كما لو أسلموا، فإنه يجري التوريث بينهم، وإن اختلفت منهم في دار الكفر

جئنا إلى المسائل:

٢١٢٢٠- فمن مات، وخلف ورثة من أهل الحرب، فماله فيء، سواء كانت الورثة في دار الحرب أو في دار الإسلام معاهدين، ولو مات يهودي، وترك ابنًا يهوديًا في دار الحرب، فالمال كله للابن اليهودي الذي هو في دار الإسلام، ولو مات يهودي من أهل الحرب وهو مستأمن في دار الإسلام، وترك ابنًا ذميًا وابنًا مسلمًا وابنًا حربيًا في دار الإسلام، فالمال في قول أهل العراق بين الابن المعاهد والحربي نصفين؛ لأن المعاهد بمنزلة الحربي عندهم، فيرث عنه الحربي ومن هو مثله وهو المعاهد، ولو مات يهوديًا من أهل الذمة، وخلف ابنًا يهوديًا وابنًا نصرانيًا، فعلى قول من يورث أهل الذمة بعضهم من بعض، وإن اختلفت صورة مللهم المال بينهما نصفان، وعلى قول من يقول: بأن اليهودي ملة والنصارى ملة، فالمال للابن اليهودي.

نوع

من هذا الفصل في ميراث المرتد:

٢١٢٢١- المرتد لا يرث من مسلم، ولا مرتد مثله، ويرث امرأة المرتد إذا مات، أو قتل على الردة، والمرأة في عدته بعد، وإن مات، أو قتل على الردة والعدة منقضية، فلا ميراث لها، ويستوي أن ارتد وهو صحيح، أو ارتد وهو مريض، وأما المرتدة إذا ماتت فزوجها هل يرث منها؟ ينظر إن ارتدت وهي صحيحة لا يرث زوجها منها، وإن ارتدت وهي مريضة فإن ماتت وعدتها لم تنقض بعد، لا تصير فارة[1] قياسًا، ولا يرث منها، وفي الاستحسان: تصير فارة[2] ويرث منها.

٢١٢٢٢- وإذا مات المرتد، أو قتل على ردته، فما اكتسب في حال الإسلام يصير ميراثًا بين ورثته المسلمين على فرائض الله تعالى، وما اكتسبه في حال الردة قال أبو حنيفة: يصير فيئًا يوضع في بيت مال المسلمين، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يصير ميراثًا بين ورثته المسلمين على فرائض الله تعالى، ثم اختلفت الروايات في كسب اكتسبه المرتد في حال الإسلام، روى الحسن عنه: أن من كان وارثًا له وقت ردته، ويبقى إلى موت المرتد يرثه، ومن حدث بعد ذلك، لا يرثه حتى إنه لو أسلم بعض قراباته بعد ردته، أو ولد له ولد حادث بعد ردته، فإنه لا يرث، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله: أنه يرث من كان وارثًا له وقت الردة، وإن لم يبق إلى وقت موته، بل يخلفه وارثه فيه، وروى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه يرث من كان وارثًا له وقت موته أو قتله، سواء كان موجودًا وقت الردة أو لم يكن موجودًا وقت الردة، وإنما حدث بعد ذلك بأن علق من أمة له مسلمة، وهذا أصح.

والمرتدة إذا ماتت، قسم مالها بين ورثتها على فرائض الله تعالى، سواء كان كسب الإسلام أو كسب الردة كلا الكسبين، يصير ميراثًا عنها، فأبو حنيفة يحتاج إلى الفرق، فإن عنده كسب المرتد في حال الردة لا يصير ميراثًا، بل يصير فيئًا

(١) وفي ب و م: فارة.

(٢) وفي ف و م: فارة.

هذا إذا مات، أو قتل على الردة، وإن لحق بدار الحرب، فالقاضي يقضي في حقه بأحكام الموتى، يقضي بعتق أمهات أولاده، ويحل ما عليه من الدين حالا، ويقضي ديونه للغرماء، ويقضي بعتق مدبريه من ثلث المال، ويقسم ثلث ماله بين ورثته، أما قبل لحوقه بدار الحرب، فلا يقضي بشيء من هذه الأحكام؛ لأن قبل لحوقه بدار الحرب هو حي حقيقة، وإنه ظاهر، وكذلك حكما؛ لأنه يجبر على الإسلام، وبعدما لحق بدار الحرب، فقد انقطع عنه الجبر على الإسلام لفقد الولاية عليه، والتحق بسائر أهل الحرب وأهل الحرب كالأموات في حق المسلمين، وإليه وقعت الإشارة في قوله تعالى ﴿أو من كان ميتا فأحييناه﴾(١)، إلا أن موته باللحوق بدار الحرب ليس بمتقرر لجواز أن يعود، وإنما يتقرر بالترجيح جانب عدم العود وذلك بقضاء، بعد هذا اختلفت عبارة المشايخ: قال بعضهم: ليس الشرط قضاء القاضي بلحوقه بدار الحرب، وإنما الشرط قضاؤه بشيء من أحكام الموتى، وعامتهم على أنه يشترط قضاء القاضي بلحوقه بدار الحرب سابقا على قضائه بهذه الأحكام، وإليه أشار محمد رحمه الله في كثير من المواضع، وهذا لأن القضاء بأحكام الموتى بدون سابقة الموت لا يكون، فيشترط القضاء بالموت أولا ليمكن ترتيب أحكام الموت بناء عليه.

فإن عاد إلى دار الإسلام مسلما، فإن كان العود قبل قضاء القاضي بلحوقه بدار الحرب قبل قضاء القاضي بهذه الأحكام، فكأنه لم يزل مسلما، لأن موته بمجرد اللحوق بدار الحرب ليس بمتقرر، وما ليس بمتقرر لا يصلح لبناء الأحكام عليه، فصار وجوده والعدم بمنزلة. وإن عاد بعدما قضى القاضي بهذه الأحكام، ولكن لم يقض بلحوقه بدار الحرب، فعلى قول من لا يشترط قضاءه باللحوق بدار الحرب لا يبطل قضاؤه، وعلى قول من يشترط قضاءه باللحوق بدار الحرب أولا، يبطل قضاؤه بهذه الأحكام، وإن قضى بلحوقه بدار الحرب مع ذلك حتى لا تنفذ هذه الأحكام، فلا تضمن الورثة ما أتلفوا، ولكن يأخذ ما كان قائما في يد الورثة من ماله بعينه؛ لأن ملكه زال إلى الورثة(٢) بموته حكما، فإذا عاد مسلما جعل كأنه حي حقيقة بعدما مات، وارتفع سبب الزوال، ولكن ارتفاع سبب الزوال إنما يظهر في حق القائم لا في حق الهالك، فيعود ملك المرتد.

(١) سورة الأنعام: الآية ١٢٢

(٢) وفي ب: "إلى مورثه".

فيما كان قائمًا في يد الورثة بعينه، ولا يعود فيما هلك. ثم ما كان قائمًا في يد الوارث بعينه لا يعود إلى ملك المرتد بنفس العود مسلمًا، وإنما يعود بقضاء أو رضاء، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير، ثم في هذا الفصل يعتبر ما إذا لحق بدار الحرب، وقضى القاضي بالميراث لورثته، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله: إنما يقضي لمن كان وارثًا له وقت القضاء بلحوقه بدار الحرب، وعلى قول محمد: يقضي لمن كان وارثًا له وقت اللحوق بدار الحرب.

٢١٢٢٣- وإذا ارتد الرجل مع بعض أولاده ولحق بدار الحرب مع من ارتد معه، واكتسب في دار الحرب أكسابًا، فهو لابنه الذي ارتد معه، ولحق بدار الحرب إذا مات مرتدًا؛ لأنه اكتسب ذلك المال، وهو من أهل الحرب، وأهل الحرب يتوارثون فيما بينهم، هكذا ذكر شيخ الإسلام، وفيه نظر؛ لأن هذا الولد مرتد، والمرتد لا يرث من أحد، فإن لحق معه بدار الحرب واحد من أولاده مسلمًا، فإنه يرث من كسب إسلامه، ولا يرثه شيئًا مما اكتسب بعد الردة؛ لأن حاله في دار الحرب كحاله في دار الإسلام، فالمسلم من أهل الإسلام يرث حيث ما يكون، وأما سائر الكفار يرث بعضهم من البعض، وإذا اتفقت مللهم النصراني يرث من النصراني واليهودي من اليهودي والمجوسي من المجوسي، وكذلك إذا اختلفت مللهم عندنا حتى إنه إذا مات النصراني، وترك ابنًا يهوديًا أو مجوسيًا يرث منه، فأما إذا اختلفت الديار، واستحل كل منهما قتال ملة أخرى، فحينئذ لا يجري الإرث بينهما حتى إن النصراني إذا مات في دار الإسلام، وله ابن في الترك، أو في الهند لا يرث - والله أعلم -.

نوع

من هذا الفصل في ميراث المجوس:

٢١٢٢٤- ميراث المجوس فيما بينهم مبني على أصول ثلاثة. أحدها: أنهم لا يتوارثون بالأنكحة الباطلة فيما بينهم، وإنما يتوارثون بالأنكحة الصحيحة، والفاصل أن كل نكاح لو أسلما عليه، تركا على ذلك، فهو نكاح صحيح، وكل نكاح لو أسلما عليه، لم يتركا عليه، فهو نكاح فاسد، والثاني: أن النسب فيما بينهم يثبت بالأنكحة

الفاسدة، يتوارثون فيما بينهم بذلك النسب، وإن كانوا لا يتوارثون بذلك النكاح.

والثالث: أن كل من يدلي إلى الميت بسببين أو ثلاثة، فإنه يرث بجميع ذلك إلا إذا كان أحد السببين، يحجب آخر، فحينئذ يرث بالحاجب، وهذا قول عامة الصحابة وهو قول أصحابنا، وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول: "لا يرث الواحد بالقرابتين، وإنما يرث بالأقرب منهما"، وبه أخذ بعض العلماء.

ووجهه أن توريثه بالسببين يؤدي إلى أن يستحق شخص واحد فرضين مختلفين، وذلك لا يجوز، ألا ترى أن الأخت لأب وأم مع الأخت لأم لا ترث فرضين بالأختية لأب وبالأختية لأم بخلاف ابن العم إذا كان زوجًا؛ لأن هناك إنما يقع الجمع بين الفريضة والعصوبة، وذلك جائز، ألا ترى أن الأب مع الابنة صاحب فرض وعصبة، وإنما الذي لا يجوز الجمع بين الفرضين، والمعنى في ذلك أن الجمع بين الفرضين يؤدي إلى أن يصير الشخص حاجبًا بنفسه، وذلك ممتنع، بيانه أن المجوسي إذا تزوج بابنة، فولدت ولدًا، وللمجوسي ابنة أخرى، فمات المجوسي، ثم مات هذا الولد، فقد مات عن أم هي أخته لأبيه، وعن أخت أخرى لأب، فلو اعتبرنا السببين في حق شخص واحد، كان للأم السدس باعتبار الفريضة، فيصير حاجبة نفسها من الثلث إلى السدس، وإنه لا يجوز، وإذا تعذر توريثه بالسببين، رجحنا الأقرب منهما؛ لأن الإرث يبتنى على القرب، فيقدم أقرب الأسباب على أبعدها.

حجتنا في ذلك قول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾[1]، وقال الله تعالى: ﴿وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ﴾[2]، فالله تعالى جعل سبب الاستحقاق الوصف الذي نص عليه من البنتية والأختية، وقد تحقق اجتماع هذين الوصفين في شخص واحد حقيقة وحكمًا، فثبت الاستحقاق بهما بمنزلة ما لو تفرق ذلك في شخصين، ألا ترى أن ابن العم إذا كان زوجًا يرث بالسببين بخلاف الأخت لأب وأم مع الأخت لأب؛ لأن هناك ما اجتمع سببان؛ لأن السبب الأختية وبقرابة الأم يتقوى هذا السبب، ولا يتعدد، كذلك الجدة من جهتين لا يستحق الإرث بالجهتين؛ لأن الاستحقاق

---

(١) سورة النساء، الآية ١١.

(٢) سورة النساء: الآية ١٢.

في حقها بسبب أنها جدة ولا يزداد ذلك في حق من كانت جدة بجهتين. فأما ههنا فالاستحقاق بالبنتية والأختية، وهذه الأسباب مختلفة، سواء اجتمعت في شخصين، أو تفرقت في أشخاص، ولا أثر لكونه شخصا في الاستحقاق، فاتحاد الشخص واختلاف الأشخاص في الاستحقاق بهذه الأسباب سواء، وإنما يجتمع التوارث بالجهات من المجوسي في أربع مسائل في بنت هي بنت ابن وبنت هي أخت لأب، وأم هي أخت لأب وأم هي أخت لأب بأن تزوج المجوسي بابنة واحدة من جهتين.

جئنا إلى المسائل:

١٢٢٥- قال محمد: المجوسي إذا تزوج بأمه أو ابنته أو بأخته، ثم مات أحدهما لا يرثه الآخر، وهذا الجواب على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ظاهر؛ لأن نكاح المحرم فيما بينهم فاسد عندهما، وإن كانوا يدينون جوازه، ولهذا قالا: إذا طلبت النفقة من القاضي، فالقاضي لا يقضي لها بالنفقة عندهما، وإذا دخل بها يسقط إحصانه حتى لو قذفه إنسان بعد ما أسلم لا يحد قاذفه، ولو طالب أحدهما التفريق، فالقاضي يفرق بينهما، وكذلك لا يشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله على ما هو مختار مشايخ العراق؛ لأن مختار مشايخ العراق أن نكاح المحارم فيما بينهم فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله، واستدلوا لذلك بفصل عدم جريان الإرث بينهم، وإنما يشكل على قول مشايخ ما وراء النهر، فإنهم يقولون: إن نكاح المحارم فيما بينهم جائز عند أبي حنيفة فيما إذا دانوا جوازه، ويستدلون لما قالوا بأنها(١) طلبت من زوجها النفقة، فإن القاضي يقضي لها بالنفقة عند أبي حنيفة رحمه الله، ولولا أن النكاح جائز عنده وإلا لما فرض لها النفقة، ويستدلون أيضاً بأنه لو دخل بها بعد النكاح لا يسقط إحصانه، ولولا أن النكاح جائز عنده وإلا لسقط إحصانه.

والعذر لمشايخ العراق أن النفقة كما تجب بسبب النكاح تجب بسبب الاحتباس، فإن لم يكن ثمة نكاح عرف ذلك في موضعه، وهي محتبسة عند زوجها، وإن كان نكاحها فاسداً، فوجب النفقة بسبب الاحتباس لا بسبب النكاح، وبقاء الإحصان بعد

(١) وفي م: لما قالوا: إنها إذا طلبت، وفي ب: إذا طلبت.

والسدس بحكم الأختية، والنصف للأخت لأب وأم، والباقي للعصبة إن كانت، وإلا فيرد عليهما على سهامهما. وإن لم يمت الابن بعد موت المجوسي، ولكن ماتت الابنة التي هي زوجته فقد ماتت عن ابن هو أخوها لأبيها، وعن بنت هي أختها لأبيها، فيرثون بالبنوة والبنتية، ولا يرثون بالأخوة والأختية؛ لأن قرابة الأخوة والأختية ساقطة الاعتبار مع قرابة البنوة والبنتية، ويرثون بالبنوة والبنتية، ويقسم المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين. ولو لم تمت الابنة التي هي زوجة المجوسي، وإنما ماتت الابنة الأخرى، فقد ماتت عن أخ لأب وأم، وعن أخت لأب هي أمها، فيكون للأم السدس، والباقي للأخ لأب وأم، ويسقط اعتبار الأختية، وإنما يسقط اعتبار الأختية في الأم هنا؛ لأن قرابة الأخت لأب ساقطة الاعتبار بقرابة الأخ لأب وأم، وإنما كان للأم السدس في هذه الصورة؛ لأن للميت أخ وأخت، والأخت من أهل الاستحقاق، إلا أنها صارت محرومة بهذا السبب بعارض، فنقل فرض الأم من الثلث إلى السدس.

٢١٢٢٧ - مجوسي تزوج بأمه، فولدت منه ابناً وابنة، ثم مات المجوسي. فقد مات عن أم هي زوجته وعن بنت هي أخته لأمه، فلا ترث الأم بالزوجية، ولا الابنة بالأختية لأم؛ لأن الأخت لأم مع الابنة لا ترث، ولكن للأم السدس باعتبار الأمومية، وللابنة النصف والباقي للعصبة إن كان له عصبة، فإن لم يكن له عصبة، فالباقي رد عليهما أرباعاً.

٢١٢٢٨ - مجوسي تزوج أمه، فولدت منه ابناً وابنة، ثم فارقها، فتزوجها ابنه، فولدت له ابنة، ثم مات المجوسي، فقد مات عن أم وعن ابن وبنت، فيكون للأم السدس باعتبار الأمومية، والباقي بين الابن والابنة للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا شيء لبنت الابن. فإن مات الابن بعد ذلك، فإنما مات عن زوجة هي جدته أم أبيه وهي أمه، وعن أخت لأب وأم، ولا شيء للأم بالزوجية، ولا بكونها جدة؛ لأن الجدة لا ترث مع الأم، ولكن لها السدس بالأمومية، وللابنة النصف بالابنية، ولا شيء لها بالأختية لأم، وللأخت ما بقي بالعصوبة.

فإن لم يمت الابن، ولكن ماتت الابنة الكبرى، فقد ماتت عن أم وهي جدتها أم أبيها، وعن أخ لأب وأم، وعن ابنة أخ هي أختها لأمها، فللأم السدس بالأمية؛ لأن معها أخ

لأب وأم وأخت لأم، وهما يردان الأم من الثلث إلى السدس، ولابنة الأخ السدس بالأختية لأم، والباقي للأخ لأب وأم بالعصوبة.

وإن كانت الابنة الصغرى هي التي ماتت، فإنما ماتت عن أم هي جدتها وعن عمة هي أختها لأمها، وعن أب هو أخوها لأمها، فللأم السدس بالأمية، ولابنة الأخ السدس بالأختية لأم، والباقي للأخ لأب وأم بالعصوبة. وإن كانت الابنة الصغرى هي التي ماتت عن أم هي جدتها أم أبيها وعن عمة هي أختها لأمها وعن أب هو أخوها لأمها، فللأم السدس بالأمية؛ لأن معها أخ لأب وأم وأخت لأم، وهما يردان الأم من الثلث إلى السدس، ولابنة الأخ السدس بالأختية لأم، والباقي للأخ لأب وأم بالعصوبة، وإن كانت الابنة الصغرى هي التي ماتت، فإنما ماتت عن أم هي جدتها أم أبيها وعن عمة هي أختها لأمها وعن أب هو أخوها لأمها، فللأم السدس؛ لأن معها أخ وأخت لأم، والباقي للأب؛ لأن الإخوة والأخوات لا يرثون مع الأب شيئاً، ولو لم تمت الابنة، ولكن ماتت الأم، فإنما ماتت عن ابن هو زوجها وهو أيضاً ابن أبيها، وعن بنت وبنت ابن هي ابنتها الصلبية، فلا شيء للابن بالزوجية، ويكون المال ابن الابن والبنتين للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا شيء للذكر باعتبار أنه ابن الابن ولا للأنثى باعتبار أنها ابنة الابن.

٢١٢٢٩- مجوسي تزوج أمه، فولدت له بنتين فتزوج إحدى ابنتيه؛ فولدت له ابنة، ثم مات المجوسي فقد مات عن أم هي زوجته وعن ثلاث بنات إحداهن زوجته وبنتان أختا لأم وإحداهن ابنة ابنته، فلا شيء للأم بالزوجية، ولها السدس بالأمية وللبنات الثلثان بالبنتية ولا شيء للزوجة منهن بالزوجية، ولا للأختين لأم بالأختية، ولا للثالثة بكونها ابنة ابنه، ولكن الباقي للعصبة، فإن لم يكن فهو رد على الأم والبنات على مقدار حقهن. فإن ماتت الأم بعد ذلك، فقد ماتت عن ابنتي صلب وبنت ابن، فيكون المال للابنتين بالفرض والرد. فإن ماتت بعدها الابنة التي هي زوجته، فقد ماتت عن ابنة وأخت لأب وأم فللابنة النصف، والباقي للأخت بالعصوبة. فإن لم تمت هذه، ولكن ماتت الابنة السفلى، فإن ماتت عن أم هي أختها لأبيها وعن أخت لأب أيضاً، فيكون للأم السدس بالأمية وللأختين الثلثان بالأختية، والباقي للعصبة.

٢١٢٣٠- مجوسي تزوج بنته، فولدت له ابنين، فمات المجوسي، ثم ماتت

احدى الابنتين فانها ماتت عن أم هي أخت وعن أخت لأب وأم، فقد ذكر في بعض النسخ أن للأم السدس بالأمية وللأخت لأب وأم النصف وللأم السدس بالأختية، لأنا لما اعتبرنا الأختية لأب التي وجدت في الأم لاستحقاق السدس بها صار ذلك كالموجود في شخص آخر، فكأنها تركت أختين وهما يحجبان الأم من الثلث إلى السدس، وفي بعض النسخ قال: للأم الثلث بالأمية وللأخت لأب وأم النصف، وللأم السدس بالأختية لأب، لأن صفة الأختية لأب موجودة في الأم وهي لا تكون حاجبة نفسها، فإنما تعتبر القرابة التي فيها للاستحقاق لا للحجب، وإذا لم يعتبر ذلك فإنما هي أخت لأب وأم، والأخت الواحدة لا تحجب الأم من الثلث إلى السدس، والأول أصح فقد بينا أن صفة الأختية الموجودة فيها لما اعتبرت للاستحقاق كانت معتبرة للحجب أيضا بمنزلة الموجود في شخص آخر، ومن كان من هذا الجنس فطريق تخريجه ما بينا.

الفصل الثامن والثلاثون

في الغرقى والحرقى ومن بمعناهم

٣٤٣٤١ - روي عن أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب وزيد بن ثابت، وإحدى الروايتين عن علي، وإحدى الروايتين عن ابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين أنهم قالوا في قوم غرقوا جميعاً معاً، أو احترقوا معاً، أو وقع عليهم حائط وماتوا جميعاً، ولا يدرى الذي خرجت روحه أولاً: إنه لا يرث بعضهم من بعض، وإنما يرث ما تركه كل واحد منهم ورثته الأحياء، وبه أخذ علماء العراق من أصحابنا وعلماء الحجاز، وروي عن علي رواية شاذة وهو إحدى الروايتين عن ابن مسعود: أنه يرث بعضهم من بعض بأن يجعل حيّاً، ويورث الأحياء من الأموات، ثم يجعل الذين جعلوا أحياء أولاً أمواتاً، والذين جعلوا أمواتاً أولاً أحياء، ويورث الأحياء من الأموات، ثم يجعل بعد ذلك كأنهم ماتوا معاً، فيرث ما ورث كل واحد منهما من صاحبه ورثته الأحياء، ولا يرث كل واحد مما ورث صاحبه منه، وبه كان يقول أبو حنيفة رحمه الله أولاً، وهو قول ابن أبي ليلى.

وجه قوله الأول وإحدى الروايتين عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما، والمعنى في ذلك أن كل واحد من الابنين الأكبر والأصغر احتمل أن يكون ميتاً أولاً، واحتمل أن يكون ميتاً آخراً، فإن كان لا يدرى يعتبر الأحوال، ويعمل بالاحتمالين بقدر الإمكان، فيجعل الأكبر ميتاً أولاً والأصغر حيّاً فيرث الأصغر منه، ثم يجعل الأصغر ميتاً والأكبر حيّاً، فيرث الأكبر منه، ثم يجعل كأنهما ماتا معاً، فيرث ما ورث كل واحد منهما من صاحبه ورثته الأحياء، ولا يرث كل واحد من صاحبه ما ورث صاحبه عنه، ألا يرى أنا اعتبرنا الأحوال فيمن أعتق أحد عبديه، ومات قبل البيان، فأعتق من كل عبد نصفه، كذا ههنا، وألا يرى أنا اعتبرنا الأحوال فيمن طلق إحدى امرأتيه بغير عينها قبل الدخول، ومات قبل البيان، فأسقطنا من صداق كل واحدة الربع.

وجه قوله الآخر وهو قولهم، وقول أبي بكر وعمر وزيد بن ثابت وغيرهم على نحو ما بينا، والمعنى فيه وهو الفرق بين مسألتنا وبين مسألة الطلاق أن في مسألتنا وقع

الشك في سبب الإرث في حق كل واحد، وذلك أنه كما لو احتمل أن يكون موتهما جميعًا متعاقبًا يحتمل أن يكون معًا، فإن موتهما معًا متصور، فلا بد من اعتبار هذه الحالة أيضًا، وباعتبار هذه الحال لا يرث واحد منهما عن صاحبه إن كان يرث باعتبار الحالة الأخرى فوقع الشك في سبب الإرث، والإرث لا يستحق بالشك، أما في مسألة الطلاق والإعتاق تيقن بوقوع الطلاق والعتاق والشك فيمن وقع عليه فوزعنا، أما ههنا شككنا في سبب الإرث على نحو ما بينا.

فإن قيل: إنما يستقيم هذا الفرق فيما إذا لم يعلم تقدم موت أحدهما على الآخر إلا أنه لا يدري من الأخرى، فإن ههنا الإرث ثابت للثاني منهما بيقين، ولكن وقع الشك في أن الذي له الميراث[1]، فيجب اعتبار الأحوال.

فالجواب أن في هذه الصورة الموت في أحدهما ثابت عينًا، والحياة في الآخر ثابتة عينًا؛ لأن الموت يحل العين، وكذلك الحياة تحل العين، وفي كل موضع كان الحق ثابتًا في العين، وجهل العين لا يعتبر الأحوال للتوزيع كما لو أعتق إحدى إمائه بعينها، ونسيها بعد ذلك، وهناك لا تعتبر الأحوال لنفاذ العتق إذا كان ثابتًا للعين، فالتوزيع باعتبار الأحوال يكون نقلا للعتق عن عين إلى عين أخرى، والعتق بعد ما ثبت في محل لا يقبل النقل إلى محل آخر بخلاف العتق المبهم؛ لأنه غير واقع في العين، وإنما يقع في العين ابتداء بالبيان، فإذا نفذ بالبيان واحتجنا إلى التوزيع باعتبار الأحوال لا يكون نقلا للعتق عن محل العتق إلى محل آخر، أما ههنا فبخلافه، فمسألتنا نظير مسألة عتق العين والنسيان بعد ذلك لا نظير مسألة العتق المبهم.

جئنا إلى المسائل:

٢٤٢٣٢ - أخوان غرقا، وخلف أحدهما ابنة وعشرة دنانير، وخلف الآخر أمًا وعشرة دراهم مثلا، وخلفا عمًا، فعلى قول عامة الصحابة وعامة العلماء: للابنة نصف الدنانير خمسة والنصف الباقي للعم، وعلى إحدى الروايتين عن علي وابن مسعود ومن تابعهما يرث كل واحد منهما أصل مال صاحبه، ولا يرث كل واحد منهما عن صاحبه

(١) وفي ف، م: الميراث من نصيب، وفي الأصل: الميراث يجب.

ما ورث صاحبه ما ورثه صاحبه. فسمي أحد الأخوين محمد، والآخر أحمد، فيجعل كأن محمداً مات أولاً، وترك ابنة والأخ الذي غرق معه وهو أحمد وعماً، وترك عشرة دنانير، فيعطي للبنت نصف الدنانير خمسة، والنصف الآخر لأخيه أحمد، ويسقط العم، ثم يجعل هذه الدنانير الخمسة التي أصاب أحمد بين ورثته الأحياء وهم أم وعم، فللأم ثلث هذه الخمسة وذلك دينار، والباقي للعم، وذلك ثلاثة دنانير وثلث دينار، ثم يجعل كأن أحمد مات أولاً، وترك أماً وأخاً وهو محمد الذي غرق معه وعماً، وترك عشرة دراهم، فيجعل للأم الثلث لعشرة الدراهم، وذلك ثلاثة وثلث، ويجعل الباقي، وذلك ستة دراهم لأخيه الذي غرق معه وهو محمد، ثم يقسم ما أصاب محمداً، وذلك ستة دراهم وثلث درهم بين ورثة الأحياء وهم بنت وعم نصفان، النصف للابنة والنصف للعم، فإن ترك محمد ابناً وترك أحمد بنتاً، فما ترك محمد يكون لابنه بلا خلاف، أما على قول من لا يورث البعض عن البعض فظاهر، وأما على قول من يورث: فلأن محمداً خلف ابناً وأخاً، والأخ محجوب بالابن، فيكون جميع مال محمد لابنه بالاتفاق من هذا الوجه، وما ترك أحمد يقسم بين ابنه وبين أخيه محمد نصفان ما أصاب محمداً من تركة أخيه أحمد مع أصل مال محمد يقسم بين ورثة محمد وهو ابنه وابن أخيه نصفان.

٢١٢٣٣- معتقان غرقا، وخلف أحدهما مولى هاشمياً وابنتين، وخلف الآخر مولى قرشياً وأخوين لأم، فعلى قول عامة الصحابة والفقهاء: مال معتق الهاشمي يقسم بين ابنتيه ومولاه، ولابنتيه الثلثان، والباقي للمولى، ومال معتق القرشي يقسم بين أخويه لأم وبين مولاه، الثلث، والباقي لمولاه، وعلى إحدى الروايتين عن علي يجعل كأن معتق الهاشمي مات أولاً، فيكون ورثته ابنتين وأخاً وهو أحمد ومولى، فيسقط المولى بالأخ، ويقسم المال بين ابنتيه وبين محمد لابنتيه الثلثان، والباقي لأخيه أحمد، ثم ما أصاب أحمد، فيقسم بين ورثته الأحياء وهم أخوان لأم ومولى، للأخوين الثلثان والثلث للمولى، ثم يجعل كأن معتق القرشي مات أولاً، فيكون ورثته أخوان لأم، والأخ الذي غرق معه ومولى، فيكون المولى ساقطاً، فيكون لأخويه لأم الثلث، والباقي للأخ الذي غرق معه، ثم ما أصاب الأخ الذي غرق يقسم بين ورثته الأحياء وهم ابنتان ومولى.

٢١٢٣٤- أخوان غرقا اسم أحدهما محمد، واسم الآخر أحمد، وترك محمد ابنة،

وترك محمد بنتا، فما ترك محمد يكون لابنته بلا خلاف، أما على قول العامة: فظاهر، وأما على قوله: ومن تابعه فلأن ورثته يكون ابنا وأخا، والأخ يسقط بالابن، وما ترك أحمد، فنصفه لبنته، ونصفه لابن أخيه الذي غرق معه بلا خلاف أيضا، ولكن الاختلاف في التخريج، تخريج قول العامة ظاهر، تخريج قول علي رضي الله عنه أن أحمد مات عن بنت، وأخ قد غرق معه، فيكون لابنته النصف، والباقي لأخيه، ثم ما أصاب الأخ ينتقل إلى ابن الأخ، فيصير ما لأحمد في الحاصل نصفان من هذا الوجه

٢١٢٣٥ - أخوان معتقان غرقا، وخلف أحدهما ابنا وبنتا، وخلف الآخر بنت ابن رجولي، فالذي خلف الابن والبنت ماله لابنه وابنته أثلاثا بلا خلاف، والذي خلف ابنة الابن ماله على قول العامة بين ابنة ابنه وبين ابن أخيه الذي غرق معه، النصف لابنة الابن، والنصف لابن الأخ وحده، وعلى قول علي رضي الله عنه نصف ماله لابنة ابنه ونصفه لأخيه، ثم ما أصاب الأخ يقسم بين ورثته الأحياء، وهم ابن وابنة على ثلاثة.

٢١٢٣٦ - أخوان لأب وأم غرقا وخلفا أما وأخا لأب، فعلى قول العامة: للأم كل واحد الثلث من تركته، والباقي للأخ لأب، وعلى قول علي الذي مات أولا خلف أما وأخا لأب وأم وأخا لأب، فيكون للأم الثلث، والباقي للأخ لأب وأم الذي غرق معه، ويسقط الأخ لأب، ثم ما أصاب الأخ لأب وأم يقسم بين ورثته الأحياء، وهم أم وأخ لأب، فللأم من ذلك الثلث، والباقي للأخ، وتصح المسألة من تسعة، فللأم الثلث من تركة الابن ثلاثة من تسعة، ولها أيضا ثلث الباقي، سهمان من الآخر، وللأخ لأب أربعة، وما ورث لأخيه لأب وأم الهالك معه، وكذلك مال الابن الآخر يقسم على هذا الوجه، فيصح من تسعة، فيقسم مال كل واحد من الأخوين على تسعة.

٢١٢٣٧ - امرأة وابنها وجدا ميتين، وخلفت امرأة زوجها وهو أب الابن، وخلف الابن أمه وابنا، فعلى قول العامة: مال المرأة يقسم بين زوجها وابن ابنها، للزوج الربع، والباقي لابن الابن، ولا شيء للأخ مع ابن الابن، ومال الابن يقسم بين أبيه وبين الابن للأب السدس، والباقي للابن، وعلى قول علي رضي الله عنه: يجعل كأن المرأة ماتت أولا، فيكون ورثتها زوجا وابنا، فللزوج الربع، والباقي لابنها الذي وجد ميتا معها، ثم ما أصاب الابن الذي وجد معها ميتا يقسم بين ورثته الأحياء، وهم ابن وأب، فللأب من

ذلك السدس، والباقي للابن، ويصح مسألتنا من ثمانية؛ لأنا نحتاج إلى حساب إذا رفعنا منه الربع، يقسم الباقي أسداسًا، وأقل ذلك ثمانية، ثم يجعل كأن الابن مات أولا، فيكون ورثته أمه التي هي جدته ميتة وأبوه وابنه، فيكون لأمه السدس، ولأبيه السدس، والباقي لابنه، ثم السدس الذي ورثته الأم يكون لورثتها الأحياء، وهم زوج وابن ابن، للزوج من ذلك الربع، والباقي لابن الابن، ويصح مسألة الابن من أربعة وعشرين، فيقسم مال الابن على أربعة وعشرين، لأمه أربعة ميراثًا عنه، وللأب أيضًا أربعة ميراثًا عنه؛ وسهم بالزوجية، مما ورثت الأم ابنته، ولابنه ستة عشر، ولهذا الابن من جهته وهو أم أبيه ثلاثة، فيحصل له من مال أبيه تسعة عشر سهمًا من أربعة وعشرين، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل -والله أعلم-.

الفصل التاسع والثلاثون

في ميراث المطلقة في المرض

٢١٢٣٨- هذا الفصل مذكور في طلاق الأصل هذه النسخة، والذي زاد ههنا أن الفرقة إذا وقعت بسبب باشرها ابن المريض، بأن قبلها بشهوة، أو جامعها وهي مكرهة، ثم مات الزوج وهي في العدة، فإنها ترث؛ لأن فيما إذا طلقها المريض إنما ورثناها، وجعلنا النكاح قائمًا في حق الإرث كأن الزوج قصد إبطال حقها في الميراث، فيرد عليه قصده، وهذا المعنى في حق الابن أظهر؛ لأنه مباشر، وقصد إبطال حقها في المزاحمة معه في ميراث الابن ويرد عليه قصده إذا مات الزوج قبل انقضاء العدة، وإذا مات بعد انقضاء العدة، أو كان ذلك قبل الدخول بها، فلا ميراث لها كما لو طلقها الزوج بنفسه والحالة هذه، وفي القدوري لو جامعها ابن المريض مكرهة أو مطاوعة لم ترثه؛ لأنها إذا كانت مطاوعة، فالفرقة جاءت من قبلها، فأوجب ذلك سقوط حقها في الميراث، وإذا كانت مكرهة، فالفرقة وقعت حكمًا لثبوت الحرمة من غير أن يكون مضافًا إلى الزوج، وبقاء الإرث بعد الفرقة بسبب الفرار عند إضافة الفعل إلى الزوج، فإذا لم يوجد لا يبقى الميراث، وفي شرح بعض المشايخ: إذا جامعها ابن المريض مكرهة لم ترث قال ثمة، وقال في "الأصل": إلا أن يكون الأب أمر الابن بذلك، فينتقل فعل الابن إلى الأب في حق الفرار كأنه باشر بنفسه، فيصير فارًا.

وقال في هذا الكتاب: ولو كان للأب امرأة أخرى، والمسألة بحالها لم ترث هذه المبانة؛ لأنه لا يتحقق ههنا قصد من جهة الابن، فإن ميراث النساء يستوي في استحقاقه الواحدة والثنتان، فيبقى جميع ذلك مستحقًا عليه للمرأة الأخرى، وإذا انتفت التهمة لم يجعل العدة قائمة مقام النكاح في بقاء ميراثها كما لو كان ذلك في صحة الأب.

ولو كان الابن مس المرأتين جميعًا عن شهوة معًا بغير رضاهما، فلهما الميراث، إذا مات الأب قبل انقضاء عدتهما؛ لأن تهمة القصد ههنا موجودة، ولو وطئ إحداهما، ثم

الأخرى، وهما مكرهتان على ذلك، فلا ميراث للأولى، وللثانية الميراث؛ لأن القصد إلى إبطال ميراث النساء غير موجود حال ما وطئ الأولى وهو مريض، فعل ما وطئ الثانية. ولو كان وطئها ابن ابنه وهي مكرهة حتى وقعت الفرقة بينهما، فإن كان ابنه حيًا، فلا ميراث للمرأة؛ لأن ابن الابن ليس بوارث للجد في هذه الحالة، فلا يتحقق منه تهمة القصد. وإن كان الابن ميتًا كان لها الميراث؛ لأن ابن الابن وارث في هذه الحالة فيتأتى القصد.

وكذلك لو فعل الابن ذلك وهو غير وارث بأن كان كافرًا أو رقيقًا، فلا ميراث لها؛ لأن تهمة القصد منها لا يتحقق، فإن وطئها وهو غير وارث، ثم صار وارثًا بالسبب الذي كان قائمًا وقت الوطء بأن كان رقيقًا، فأعتق أو كان كافرًا فأسلم، أو قبلها ابن الابن والابن حي، ثم مات الابن، فهي ترثه؛ لأن تهمة القصد تعتبر بكون المكتسب سبب الفرقة وارثًا، والميراث إنما يثبت عند الموت فيعتبر حاله وقت الموت.

وإذا كان الابن فعل ذلك وهو مجنون أو صبي لم يكن لها الميراث؛ لأن حكم الفرار باعتبار تهمة القصد، وذلك ينبني على قصد معتبر شرعًا، وليس للصبي والمجنون قصد معتبر شرعًا، فلا يثبت حكم الفرار بفعلهما، كما لا يثبت حكم حرمان الميراث بقتل باشره الصبي والمجنون. ولو طلقها ثلاثًا، ثم قبلت ابن زوجها، ثم مات وهي في العدة، فلها الميراث. ولو ارتدت في عدتها، ثم أسلمت، فلا ميراث لها. والفرق أن المرأة بالارتداد خرجت من أن تكون أهلاً للاستحقاق للإرث، فبطل حقها في الإرث، فلا يعود بالإسلام، أما بالتقبيل فلم تخرج عن أهلية الإرث؛ لأن أثر التقبيل في ثبوت الحرمة، فثبوت المحرمية لا ينافي الإرث، ولا ينافي بقاء النكاح في حق الإرث.

الفصل الأربعون

في متشابه النسب

٢١٢٣٩ - ولو أن رجلين ثبتت بينهما قرابة، تزوج كل واحد منهما أم الآخر، فولد لكل واحد منهما غلام، فقرابة ما بين الغلامين أن كل واحد منهما عم الآخر لأمه، فلا يرث واحد منهما من صاحبه شيئا إن مات وله عصبة، وإن تزوج كل واحد منهما ابنة الآخر، فالمسألة بحالها، فقرابة ما بين الغلامين أن كل واحد منهما خال صاحبه، فلا يرث مع أحد من العصبات، وإن كان تزوج كل واحد منهما أخت الآخر، فقرابة ما بين الغلامين أن كل واحد منهما ابن خال الآخر، فلم يرث مع أحد العصبات، وإن تزوج أحدهما أم الآخر، وتزوج الآخر ابنته، فولد لكل واحد منهما غلام، فقرابة ما بينهما أن ابن المتزوج بالأم خال ابن الذي تزوج الابنة وعمه، وابن الذي تزوج الابنة ابن أخت الذي تزوج الأم وابن أخته لأمه، فلا يرث واحد منهما من صاحبه شيئا مع العصبة، لأن العم لأم وابن الأخ من جملة ذوي الأرحام فلا يرثون مع أحد من العصبات.

٢١٢٤٠ - ولو أن رجلا تزوج امرأة وتزوج ابنه أمها من بعد، فولد لكل واحد منهما غلام، فقرابة ما بين الغلامين أن ابن الأب الذي تزوج الأم عم ابن الابن الذي تزوج الابنة وخاله، وابن الابن ابن أخي ابن الأب وابن أخته. فأيهما مات ورث صاحبه منها من قبل أن العم من الأب عصبة، وكذلك ابن الأخ لأب عصبة، فإذا كان كل واحد منهما عصبة صاحبه من أحد الوجهين كان وارثا له.

فإن تزوج الأب الابنة وتزوج الابن الأم، فولد لكل واحد منهما غلام، فقرابة ما بين الولدين أن ابن الأب عم ابن الابن وابن أخته، وابن الابن خال ابن الأب وابن أخيه، فأيهما مات ورث الآخر بالعصوبة.

وفيه حكاية عبد الملك بن مروان، فإنه حين يفرق العطاء، قام رجل، فقال: إني تزوجت امرأة، وزوجت أمها من ابني، فمر بعطائي، فقال: لو كنت تحكي هذا لكان أبين، ولكني أسألك عن مسألة، فإذا أحسنت جواب أمرت بعطائك، وإن لم تحسن

جوابها لا أعطيك شيئاً، فقال: نعم، فقال: إن ولد لك غلام ولابنك غلام، فأي قرابة يكون بين الغلامين؟ فلم يحسن الرجل الجواب، فقال: سل القاضي الذي وجهت إليه بحاجتك، فإن أحسن الجواب، فاصرف عطيتي إليه وإلا فاعتذر لي، فلم يحسن القاضي، ولا أحد من القوم إلا رجل في أخريات الناس فقام، فقال: إن أجبت وأحسنت، هل تقضي حاجتي؟ فقال: نعم، فأجاب كما ذكرنا، فاستحسن جوابه، وقال: لله تعالى في هذا العلم ما حاجتك؟ فقال: إن عاملك يسقط حرفاً من كلام الله تعالى، قال: وما ذاك؟ قال: إن الله تعالى يقول: ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾(١)، فهو يسقط حرف من ويأخذ أموالنا، وقال: هذا أحسن من الأول، فعزل ذلك العامل.

٣٦٢٤١ - قال في أجنبيين تزوج كل واحد منهما أخت صاحبه، فولد لكل واحد منهما ابن، ما يكون بينهما من القرابة؟ فنقول: كل واحد منهما لصاحبه ابن خالة وابن عمة؛ لأنه يكون أب كل واحد منهما خال صاحبه، وأم كل واحد منهما عمة صاحبه، فكذلك صار كل واحد منهما لصاحبه في وجه ابن الخالة، وفي وجه ابن عمة، فإن كان أحد الولدين في هذه المسألة ابنة، والآخر ابناً تجوز المناكحة فيما بينهما؛ لأنه تزوج بابنة عمته وابنة خالته وجاز ذلك.

٣٦٢٤٢ - في أجنبيين تزوج كل واحد منهما أم صاحبه، فولد لكل واحد منهما ابن ما يكون بينهما من القرابة؟ فإنه يكون كل واحد منهما لصاحبه في وجه ابن أخ لأم، وفي وجه عم لأم؛ لأنه يكون أب كل واحد منهما لصاحبه لأم، فيكون أم كل واحد منهما جدته أم أبيه، ولذلك صار كل واحد منهما لصاحبه في وجه ابن أخ لأم، وفي وجه عم لأم، وإن كان ولد لأحدهما ابن، وللآخر ابنة لا يجوز المناكحة فيما بينهما. في أجنبيين تزوج كل واحد منهما ابنة صاحبه، فولد لكل واحد منهما ابن ما يكون بينهما من القرابة؟ فإنه يكون كل واحد منهما لصاحبه في وجه خاله، وفي وجه ابن أخته، فإن كان ولد لأحدهما ابن، وللآخر ابنة لا يجوز المناكحة فيما بينهما

(١) سورة التوبة، الآية: ١٠٣

نوع آخر:

٢٦٢٤٣- رجل مات، وترك ثلاث بنات، فورثت إحداهن ثلثي المال والأخرى ثلث المال، والثالثة لم ترث شيئًا كيف كان هذه؟ فإنه كان في الأصل ثلاث أخوات اشترت إحداهن أباها، والأخرى قتلت أباها، فلما قتل الأب ترك بنتين سوى القاتلة، فللابنتين الثلثان، وما بقي، فللتي اشترت أباها. فصار لإحداهن ثلثا المال، وللأخرة ثلث المال، والثالث لا شيء لها، وهي القاتلة

٢٦٢٤٤- رجل مات، وترك ثلاث بنات فورثت إحداهن أربعة أتساع المال والأخر خمسة أتساعه والثالثة لم ترث شيئًا كيف كانت هذه؟ فإنه كان في الأصل ثلاث أخوات اشترت اثنتان منهن أباهما على الثلث والثلثين، ثم قتلت الثالثة أباها، فترك بنتين سوى القاتلة، فللابنتين الثلثان، وما بقي فبين المولتين على ثلاثة: أصلها من ثلاثة للاثنتين الثلثان سهمان، وبقي سهم بين المولتين على ثلاثة لا يستقيم، فاضرب ثلاثة في ثلاثة، فصار تسعة للاثنتين الثلثان من ذلك ستة أسهم لكل واحد ثلاثة أسهم، وبقي ثلاثة بينهما على ثلاثة للتي اشترت من الأب ثلثان سهمان، وللتي اشترت من الأب ثلثه سهم، فصار لإحداهن أربعة أتسام المال، وللأخرى خمسة الأتساع، ولا شيء للثالثة؛ لأنها قاتلة.

٢٦٢٤٥- رجل مات، وترك أخًا لأب وأم وأخا امرأته، فورث المال أخو امرأته دون أخيه لأبيه وأمه كيف كانت هذه؟ فإنه كان في الأصل رجل تزوج أم امرأة ابنه، فولدت له ولدًا، ثم مات الزوج، ثم مات ابنه بعد ذلك، وترك أخًا لأب وأم، وهذا المولود له في وجه ابن ابنه وفي وجه أخو امرأته، فالمال لابن الابن. فقد ورث المال أخو امرأته دون أخيه لأب وأم.

٢٦٢٤٦- رجل مات، وترك خالا وعمًا، فورث الخال دون العم كيف كان هذه؟ فإنه كان في الأصل أخوان أبوهما واحد وأمهما اثنين، فتزوج أحدهما أم أم صاحبه، فولدت له ابنًا، ثم مات المتزوج، ثم مات أخوه بعد ذلك، وترك عمًا، فهذا المولود في وجه ابن أخيه لأبيه وفي وجه خاله لأمه، فالمال لابن الأخ؛ فقد ورث المال الخال دون

نعم

٢٢٤٧- رجل دخل على مريض، فقال له: أوص، فقال: لمَ أوصي؟ وإنما مالي ترث خالاتك وعماتك وجدتاك كيف كانت هذه؟ كان هذا المريض تزوج جدتي رجل أم أبيه وأم أمه فولدت كل واحدة للمريض ابنتين، فلما مات المريض ترك أربع بنات، بنتان منهن خالتا الرجل وبنتان منهن عمتاه والمرأتين وهما جدتا الداخل، فللبنات الثلثان وللمرأتين الثمن وما بقي فرد على البنات إن لم يكن عصبة.

٢٢٤٨- وإن سئل عن رجل دخل على مريض، فقال له: أوص، فقال: لماذا أوصي؟ وإن مالي ترثه عماتك وخالاتك وجدتاك وامرأتاك. كان هذا في الأصل تزوج كل واحد من الداخل والمريض جدتي صاحبه، فولد للمريض من جدتي الداخل من كل واحدة ابنتين، ولم يولد للداخل من جدتي المريض شيء، فلما مات المريض وترك أربع بنات، بنتان منهن خالتا الداخل وبنتان منهن عمتا الداخل وامرأتان، وهما جدتا الداخل وجدتين وهما امرأتا الداخل، فللبنات الثلثان وللجدتين السدس وللمرأتين الثمن، وما بقي يرد على البنات والجدتين على حصة.

٢٢٤٩- وإن سئل عن رجل دخل على مريض، فقال: أوص، فقال: لماذا أوصي، وإنما مالي يرث ابنتك وأختاك وامرأتك كيف كانت هذه الوصية؟ فإنه كان في الأصل تزوج هذا الرجل أم المريض وأخته لأبيه، وكان المريض أخي الداخل: أخته لأبيه وأخته لأمه، فولد للداخل من أم المريض بنتان، فلما مات المريض وترك أختًا لأب وأمًا وهما امرأتا الداخل وأختين لأم وهما بنتا الداخل وامرأتين وهما أختا الداخل، فالميراث بينهن للأم السدس، وللأختين من الأم الثلث، وللأخت من الأب النصف، وللمرأتين الربع، وعالت الفريضة.

٢٢٥٠- وإن سئل عن رجل دعا ابنه، فقال: لو كنت ابن عمي لكان لك من مالي عشرة آلاف، ولو مت اليوم، وأنت ابني لم ترث غير ألفي درهم كيف كانت هذه؟ كان رجل له تسعة وعشرون بنتًا وابنًا واحدًا، وله من المال ثلاثون ألف درهم، فقال له: لو كنت ابن عمي لكان للبنات الثلثان عشرون ألفًا، ويبقى عشرة آلاف وهو لابن العم، ولو مت اليوم وأنت ابني، فيكون المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين. فكل ابن

الثمن، ولكل بنت ألف.

نوع آخر:

٢١٢٥١ - ولو أن رجلاً سئل عمن مات، وترك عشرين ديناراً، فورثت امرأته ديناراً، فإن هذا رجل مات، وترك أختين لأب وأم وأختين لأم وأربع نسوة فللنسوة الأربع الربع، وللأختين لأب وأم الثلثان، وللأختين لأم الثلث أصله من اثني عشر وقسمته من خمسة عشر؛ لأنها تعول بثلاثة إلا أن ثلاثة بين أربع نسوة على أربع لا يستقيم، فيضرب خمسة عشر في أربعة، فيصير ستين، كان للنسوة ثلاثة ضربناه في أربعة، فصار اثني عشر لكل واحدة ثلاثة وثلاثة من ستين، واحد من عشرين.

٢١٢٥٢ - وسئل عن رجل ورثت سبع عشرة امرأة ماله بالسوية، قال: هذا الميت ترك جدتين، وثلاث نسوة وأربع أخوات لأم، وثمان أخوات لأب وأم، فللجدتين السدس سهمان، وللنسوة الربع ثلاثة، وللأخوات لأم الثلث أربعة، وللأخوات لأب وأم الثلثان ثمانية، فأصاب كل واحدة سهم.

٢١٢٥٣ - وسئل عن امرأة ورثت أربعة أزواج لها واحداً بعد واحد، وصار لها نصف جميع أموالهم، والمسألة بحالها. فإن هذه امرأة تزوجها أربعة إخوة واحداً بعد واحد، وبعضهم وارث بعض، وكان جميع أموالهم ثمانية عشر ديناراً للواحد منهم ثمانية، وللآخر ستة، وللثالث ثلاثة، وللرابع دينار تزوجها صاحب الثمانية، ثم مات عنها، فصار لها الربع منه، وهو ديناران، بقي ستة ميراث بين ثلاثة إخوة لكل واحد ديناران، فصار لصاحب الستة ثمانية، ولصاحب الثلاثة خمسة، ولصاحب الواحد ثلاثة، ثم تزوجها الذي صار له ثمانية دنانير، ومات عنها، فصار لها ديناران، وبقي ستة بين أخويه، لكل واحد ثلاثة، فصار لصاحب الخمسة ثمانية، ولصاحب الثلاثة ستة، ثم تزوجها الثالث، ومات عنها، وترك ثمانية دنانير، فصار لها الربع ديناران، وللأخ ما بقي ستة، وكان له ستة، فصار له اثنا عشر ديناراً، ثم تزوجها الأخ الباقي، ثم مات عنها، وعن اثني عشر ديناراً، فصار لها الربع من ذلك ثلاثة دنانير، فصار جميع ما ورثت تسعة دنانير من الأول ديناران، ومن الثاني ديناران، ومن الثالث ديناران، من

الرابع ثلاثة دنانير، وللعصبة تسعة دنانير.

٢١٢٥٤ - فإن سئل عمن ترك خال ابن عمته، ولم يكن له خال غيره، وترك عمة ابن خاله، ولم يكن له عمة غيرها. فإن هذين أبو الميت الخال أبو الميت والعمة أم الميت، يكون للأم الثلث، والباقي للأب. فإن ترك ابن بنته وبنت ابنه مع كل واحد منهما عم وخال: فإن المال بين خال ابن الميت وعم بنت الابن نصفان، ويسقط ما سوى ذلك؛ لأنهما ابنا الميت لصلبه، فإن كان مع كل واحد منهما خالته وعمته، فلعمة بنت الابن والخالة ابن البنت الثلثان؛ لأنهما ابنتا الميت لصلبه، والباقي للعصبة.

٢١٢٥٥ - فإن سئل عن رجل مات، وترك خالة وعمة، فورثت الخال دون العم، فإن هذا يكون في صورة يكون الخال ابن أخيه من وجه وهو خاله من وجه، وهو أن يكون أخوان لأب، تزوج أحدهما جدة أخيه من قبل أمه، فولدت له ابنا، فهو ابن أخ الآخر وخاله أيضاً؛ لأنه أخ أمه لأنه ابن جدته، وابن الأخ أولى من العم.

٢١٢٥٦ - سئل عن رجل ورثه سبع إخوة وأخت لهم، المال لهم بالسوية لكل واحد منهم ثمن؟ كيف يكون هذه؟ فنقول: هذه يكون في رجل تزوج أم امرأة ابنه، فولدت منه سبعة بنين، فصاروا إخوة امرأة ابنه، ثم مات الرجل، وترك أباه، ثم مات الابن، فورثت امرأته الثمن، وما بقي فهي بنيه وهم سبعة لكل واحد منهم ثمن وهم أخوها.

٢١٢٥٧ - سئل عن أخوين لأم، فورث أحدهما المال من رجل مات دون الآخر، فإن الميت كان ابن أحدهما، فيكون المال لابنه دون عمه.

٢١٢٥٨ - فإن سئل أنه ورث أحدهما ثلاثة أرباع المال، والآخر الربع، فإن الميت بنت عمهما، وأحدهما زوجها، فيكون للزوج النصف، والباقي بينهما نصفان، فيصيب الزوج ثلاثة أرباع، وللآخر الربع.

٢١٢٥٩ - فإن سئل أنه ورث أحدهما الثلثين، والآخر الثلث، فإن الميت امرأة لها ابنا عم أحدهما أخوها لأمها، والآخر زوجها، فيكون للزوج النصف، وللأخ لأم السدس، والباقي نصفان بينهما، فنصيب الزوج الثلثان، والآخر الثلث.

٢١٢٦٠ - فإن سئل عن ثلاثة إخوة ورث أحدهم الثلثين، وللآخرين سدس،

سدس، فإن هذه امرأة لها ثلاثة بني عم أحدهم زوجها، فيكون للزوج النصف، والباقي بينهم أثلاثاً، فيكون لكل واحد سهم سدس سدس. وقد أصاب الزوج النصف مرة، فيكون له الثلثان.

٢١٢٦١- رجل وأخته ورثا المال، فصار للرجل سبعة أثمان المال، ولأخته الثمن، فهذا الرجل تزوج امرأة أبيه، فولدت منه غلاماً، ثم مات الرجل، ثم مات أبوه، فصار لامرأته الثمن وما بقي، فللغلام وهو سبعة أثمان؛ لأنه ابن ابن، وهو أخ المرأة لأمها.

٢١٢٦٢- رجل وأخته ورثا المال نصفين، فهذه امرأة تزوجها ابن عمها، وعمها حي، ثم ماتت هي.

رجل وابنته ورثا المال نصفين، فهذه امرأة تزوجت ابن عمها، فولدت له بنتاً، ثم ماتت المرأة، فلزوجها الربع، ولابنتها النصف، والباقي للزوج؛ لأنه عصبة.

٢١٢٦٣- رجل وبنتاه ورثوا المال أثلاثاً، فهذه امرأة تزوجها ابن عمها، فولدت له بنتين، ثم ماتت، فيكون للزوج الربع، وللابنتين الثلثان وما بقي فللزوج، فيكون للأب الثلث، ولكل واحد من الابنتين الثلث.

رجل وأمه ورثا المال نصفين، فهذا رجل زوج ابنته ابن أخ له، فولدت له ابناً، ثم مات ابن الأخ، ثم مات الرجل، فصار لابنته النصف، والباقي لابن ابنته وهو ابن ابن أخيه.

٢١٢٦٤- رجل وامرأتان ورثوا المال أثلاثاً، فهذا رجل زوج ابني ابنة من أخيه، ثم مات، ولا وارث له غيرهما وغير ابن أخيه، فللبنتين الثلثان وما بقي، فلابن أخيه.

٢١٢٦٥- رجل ورثه ثلاث نسوة المال أثلاثاً واحدة من أم الأخرى، فإن هذا رجل زوج ابن ابنه ابنة ابن له، فولدت له بنتاً، ثم مات ابن الابن، فصحيح بنت ابن ابنه إحداهما أم الأخرى، ثم مات الرجل وله أخت، فصار لهما بين الابنتين الثلثان، وللأخت الثلث؛ لأنها عصبة مع البنات.

بينهما يثبت أصلاً لا بناء على شيء، وفي حق غيرهما، فيثبت تصادقهما في حق ما يلزمهما من الأحكام، ويلزم غيرهما كالنكاح الثابت بتصادقهما. ما كان يثبت ابتداء البناء على سبب آخر يثبت في حقهما فيما يلزمهما من الحقوق، وفيما يلزم غيرهما، كذا ههنا.

وإقرار المرأة يصح بثلاثة: بالولد، والزوج، والمولى، ولا يصح بالابن، فقد فرق بين المرأة وبين الرجل في حق الإقرار بالابن، والفرق أن الأب أصل في باب النسب، والمرأة كالتابع له، عرف ذلك في كتاب الدعوى، ولما كان الأب أصلاً في باب النسب، كان الإقرار بالابن منها إقراراً على الأب نظراً إلى الأصل، وإقرار الإنسان على الغير غير معتبر، فلم يعتبر إقرارها فيما يلزم إقرارها من حقوق النسب، أما فيما بينها وبين المقر له، فإقرارها معتبر حتى إنها إذا ماتت، ولم يكن لها وارث آخر سوى الابن المقر له، كان ميراثها للابن المقر له، فأما إقرار الأب بالابن إقرار على نفسه نظراً إلى الأصل، وإقرار الإنسان على نفسه صحيح في حقه وفي حق غيره، فلهذا افترقا.

توضيحه أن النسب يعتبر من الرجل بالإطلاق، وذلك لا يقف عليه غيره، فلا بد من قبول قوله في ذلك، وأما النسب من المرأة فإنما يثبت باعتبار الولادة وهي ظاهرة تقف عليها غيرها، وهي القابلة، فلا يجعل قولها في ذلك حجة، ثم إن بعض مشايخنا ما ذكر من الجواب في حق المرأة: إنه لا يصح إقرارها بالابن، فهو محمول على ما إذا كان لها زوج معروف؛ لأنها بإقرارها تحمل النسب على الزوج، فأما إذا لم يكن لها زوج معروف، فينبغي أن يصح إقرارها؛ لأنها في هذه الصورة لا تحمل النسب على الغير. توضيح ما قلنا: إنه إذا كان لها زوج معروف لا يتحقق سبب صحيح بينها وبين غيرها يثبت به نسب غيرها من ذلك العقد دون هذا الزوج المعروف، فيكون حاملة النسب على هذا، وبهذا الحرف يقع الفرق أيضاً بين جانب المرأة وبين جانب الرجل، فإن الرجل إذا أقر بالولد وله امرأة معروفة، يصح إقراره، فإنه يتصور بين هذا الرجل وبين غيرها سبب صحيح، يثبت نسب هذا الولد منه دون هذه المرأة، وذلك بالنكاح أو ملك اليمين، فلا يكون حامل النسب على هذه المرأة، فافترقا.

وإقرار الرجل بابن الابن نظير إقراره بالأخ والعم من تقسيمه؛ لأنه لا يصير المقر له ابن ابنه إلا بعد ثبوت النسب من أبيه، فيكون حامل النسب على أبيه، ثم في هذه

أن المال يقسم على أربعة وعشرين للابن الثابت نسبه ستة عشر، وللمرأة الثمن ثلاثة،
وللأخت ما بقي خمسة إلا أنه لم يصدق في حق المرأة، فأخذت الربع كاملاً، ويضرب
الابن المقر في الباقي بستة عشر والأخت بخمسة، فصار الباقي بينهما على أحد وعشرين
من هذا الوجه - والله أعلم -

الفصل الثاني والأربعون

في إقرار الورثة بوارث

٤٤٢٦٧ - قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير: امرأة أتت بولد بعد وفاة الزوج ما بينها وبين وفاة الزوج بسنتين، وصدقت الورثة أنها ولدته، ولم يشهد على الولادة أحد، فهو ابنه في قولهم ويرثه، ومعنى المسألة إذا كان أقر جميع الورثة يثبت، يشاركهم في الميراث بإقرارهم؛ لأنه إقرار على أنفسهم، ولا تهمة في الإقرار على نفسه، وكذلك إذا أقر به بعض الورثة، وهم جماعة تكون شهادتهم حجة في الأحكام بأن كانوا ذكوراً أو إناثاً، فإنه يثبت نسب الولد في حق الكل، ويشاركهم في الميراث، وهذا استحسان، والقياس أن لا يصح إقرارهم.

وجه القياس: أن هذا إقرار على الميت بالنسب، والإقرار على غيره لا يصح إلا بتصديق منه أو بحجة، ولم يوجد، وجه الاستحسان: أن المقصود من النسب بعد الموت استحقاق المال، وهو يستحق المال على الورثة، فإن التركة لهم في الظاهر، فكان هذا إقراراً على أنفسهم، فيصح.

وكذلك إذا أقر البعض وقولهم حجة؛ لأن النسب يثبت بحجة يستحق على الغير، واستحقاق المال كذلك، توضيح ما ذكرنا: أن رد الإقرار ههنا لا يفيد؛ لأنه لو رد إقرارهم يشهدون عند القاضي بالنسب، فيقضي به فقد شرط العدالة في المسألة الثانية لثبات النسب، ولم يشترط العدد في المسألة الثانية لثبات النسب، ولم يشترط لفظة الشهادة، وذكر هذه المسألة في الجامع الكبير، ولم يشترط العدد في المسألة، ولا لفظة الشهادة، قالوا: ما ذكر في الجامع محمول على ما إذا لم يكن ثمة منازع، وما ذكر ههنا محمول على ما إذا كان ثمة منازع وحالة المنازعة تشترط العدد، وذكر هذه المسألة في العيون والديون والفرائض، وشرط العدد ولفظ الشهادة، ولم يشترط العدالة، فإذا اتفقت الروايات أن العدد شرط، واختلفت الروايات أن العدالة في الورثة ليس بشرط، وأما لفظة الشهادة: على رواية هذا الكتاب وكتاب الإقرار ليس بشرط، وعلى رواية

كتاب القاضي والتعيين والفراسة شرط. وكذلك اختلف المشايخ في اشتراط لفظة الشهادة، والصحيح أنه لا يشترط؛ لأن هذا إقرار على نفسه ببعض المال، وشهادة على الميت بحمل النسب عليه، فكان إقراراً من وجه شهادة من وجه، فمن حيث إنه شهادة شرطت العدد، ومن حيث إنه إقرار لم يشترط لفظ الشهادة في بعض الروايات، ولم يشترط العدالة في الوارث[1] ولم يشترط العدالة في الروايات عملاً بالدليلين. وكذلك اختلف المشايخ في اشتراط القضاء مجلس الحكم، والصحيح أنه لا يشترط؛ لأن مجلس الحكم والقضاء إنما شرطا لثبات حق بالشهادة المطلقة. وهذه ليست بشهادة مطلقة، بل هي شهادة من وجه إقرار من وجه، فلا يشترط لهذا، وإن لم يصدقها العدالة الورثة لم يثبت نسبه إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين إلا أن يكون حملاً ظاهراً، ويكون الزوج أقر بالحمل، فتقبل فيه شهادة القابلة على الولادة إن كانت عدلة. وهذا كله مذهب أبي حنيفة، فالمذهب عنده أن الولادة لا تثبت بشهادة القابلة إلا بإحدى معاني ثلاثة اثنان ما ذكرنا، والثالث يكون الفراش قائماً، فأما عندهما في الفصول كلها تقبل شهادة القابلة، ويثبت النسب بشهادة القابلة.

٢٦٢٦٨ - وإذا مات، وترك ابنين، فأقر أحدهما بأخ له، وأنكر الآخر لا يصح إقراره في حق الآخر، ويشارك المقر له المقر فيما في يده من الميراث، وكيفية المشاركة أن يصحح الفريضة أولاً كأنهم معروفون، ثم يطرح نصيب المنكر، ويجمع بين نصيب المقر والمقر له، ويقسم ما في يد المقر على ذلك حتى إن في مسألتنا للمقر له أن يأخذ نصف ما في يد المقر؛ لأنهم لو كانوا معروفين هنا كانت الفريضة من ثلاثة للجاحد سهم، فيطرح نصيبه، ويجمع بين نصيب المقر والمقر له، وذلك سهمان. فيقسم ما في يد المقر على سهمين، وإن كان أقر بأخت، والمسألة بحالها أخذت المقر لها ثلث ما في يد المقر؛ لأنهم لو كانوا معروفين هنا كانت الفريضة من خمسة نصيب كل أخ سهمان، ونصيب الأخت سهم، فيطرح نصيب الأخ الجاحد، وذلك سهمان، ويجمع نصيب الأخ المعروف على نصيب الأخت، وذلك ثلاثة، وكذا لو أقر بأم والباقي بحاله يقسم ما في يد الابن المقر على سبعة أسهم؛ لأنهم لو كانوا معروفين، كانت الفريضة من اثني عشر، للأم سهمان، ولكل ابن خمسة، فيطرح نصيب الجاحد، وذلك خمسة، ويجمع بين نصيب المقر له

---

(١) وفي الأصل: "الروايات" مكان "الوارث".

وذلك سبعة ، فيقسم ما في يد الابن على سبعة .

٢١٢٦٩ - ولو أن امرأة ماتت ، وتركت ابنتين ، فأقرت إحداهما بأخت لهما ، فإن ما في يد المقرة يقسم على سهمين ؛ لأنهم كانوا معروفين كانت الفريضة من ثلاثة ، لكل بنت سهم ، فيطرح نصيب الجاحد ، وذلك سهم ، ويجمع بين نصيب المقر والمقر له ، وذلك سهمان ، فيقسم بينهما نصفان .

٢١٢٧٠ - ولو ترك ابنين ، وأقر أحد بزوجة للميت قسم ما في يد المقر بينه وبين المقر لها على تسعة ؛ لأنهم لو كانوا معروفين كانت الفريضة من ستة عشر للمرأة سهمان ، ولكل ابن سبعة ، فيطرح نصيب الجاحد ، ويجمع نصيب المقر والمقر له ، فيقسم ما في يد المقر على سبعة ، فكذلك لو أقر نفر منهم بوارث يجمع ما في يد المقرين ، فيقسم بينهم وبين المقر له على قدر حقهم ، بيانه فيما إذا ترك ابنتين وابنين ، فأقر أحد الابنين وإحدى الابنتين بأخ ، فإنه يقسم ما في يد المقر بينهم وبين المقر له على خمسة للأخ المقر سهمان ، وللأخت المقرة سهم ، وللأخ المقر به سهمان ؛ لأنهم لو كانوا معروفين كانت الفريضة من ثمانية لكل ابن سهمان ، ولكل بنت سهم . فيطرح نصيب الجاحد ، ويجمع بين نصيب المقرين وبين نصيب المقر له ويقسم ذلك بينهم على خمسة . والله أعلم .

الفصل الثالث والأربعون
في إقرار الوارث بوارث بعد وارث

٢١٤٧ - وإن أقر الوارث بوارث معه، وأعطاه نصيبه بقضاء قاض، ثم أقر بوارث آخر لم يصدق على الأول، وقاسمه ما بقي في يده على حساب نصيبهما، إلا أن يصدقه الأول؛ لأن الأول قد استحق نصيبه بالإقرار السابق منه، فكما لا يملك إبطال حقه بالرجوع عن الإقرار، فكذلك لا يملك إثبات الشركة للغير معه فيما صار مستحقا. ويجعل ثبوت الاستحقاق للأول بإقراره في حقه كثبوته بالبينة، أو بكون نسبه معروفا، فلا يكون إقراره للغير بعد ذلك حجة عليه إلا باعتبار تصديق يكون منه، ولا ضمان عليه في شيء مما دفعه إلى الأول، لأنه بمجرد الإقرار للأول ما أتلف على الثاني شيئا، والدفع كان بقضاء قاض، فلا يكون سببا موجبا للضمان عليه، ولكن يجعل ذلك القدر في حكم التاوي. فكأن جميع المال مقدار ما بقي في يده، فيقاسمه المقر له الآخر على حساب نصيبهما.

بيانه: لو أن رجلا مات، وترك ابنين، فأقر أحدهما بأخ له، فإنه يعطيه نصف ما في يده، فإذا أعطاه بقضاء قاض، ثم أقر بأخ آخر، فإنه يعطيه نصف ما بقي في يديه أيضا. بخلاف ما لو أقر أحد الابنين بأخوين معا، أو بواحد بعد واحد في كلام متصل، فإنهما يأخذان ثلثي ما في يده؛ لأنه أقر بهما، فيزعم أن كل واحد منهما مثل حقه، وكذلك إن أقر بأحدهما بعد الآخر في كلام موصول؛ لأن في آخر كلامه ما يغير حكم أوله، فيتوقف أوله على آخره، فأما إذا فصل بين الكلامين، فقد استحق الأول نصف ما في يده بتقدم الإقرار له، فلا يكون إقراره بالآخر بعد ذلك حجة على الأول في إدخال شيء من النقصان عليه. فإن أقر بهما معا، فأعطاهما ثلثي ما في يديه بقضاء، ثم أقر بأخ آخر أعطاه نصف ما في يديه؛ لأن ما أخذه الأول في حكم التاوي كما بينا.

ولو ترك ابنين، فأقر أحدهما بأخ، وأعطاه نصف ما في يديه بقضاء قاض، ثم أقر بامرأة أعطاها ثلاثة أثمان ما بقي في يديه؛ لأنه يزعم أن الميت ترك امرأة وثلاثة بنين،

فيكون القسمة من أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة، ولكل ابن سبعة، والأصل في جميع هذه المسائل أن المقر به أولاً يجعل معتبراً في المقاسمة مع المقر به أخيراً، والمقر به آخراً لا يعتبر في المقاسمة مع المقر به أولاً؛ لأنه حين أقر بالثاني فحق المقر به الأول ثابت بتقدم الإقرار له، فيكون ذلك كالثابت بالبينة، وحين أقر بالأول لم يكن حق المقر به الثاني ثابتاً، فلا يكون هو معتبراً في المقاسمة مع الأول.

ولو ترك ابنة وعصبة، فأقرت الابنة بامرأة، فإنه يعطيها خمس ما في يديها؛ لأنها زعمت أن الفريضة من ثمانية لها سهم، وللابنة أربعة، وكل واحد منهما ضرب فيما بيد الابنة بحقها، فلهذا أخذت خمس ما في يدها، فإن أعطاها ذلك بقضاء القاضي، ثم أقرت بامرأة أخرى أعطتها سبع الباقي؛ لأنها زعمت أن القسمة من ستة عشر للمرأتين الثمن سهمان لكل واحدة سهم، وللابنة ثمانية، فبهذا الطريق يعطيها سبع ما بقي في يدها، فإن أعطتها ذلك بقضاء قاض، ثم أقرت بامرأة أخرى أعطتها سهماً من ثلاثة عشر مما بقي في يدها؛ لأنها زعمت أن للميت ثلاثة نسوة، وأن القسمة من أربعة وعشرين، للنسوة ثلاثة لكل واحدة سهم، وللابنة اثنا عشر، فيعطيها سهماً من ثلاثة عشر بهذا الطريق، فإن أعطتها ذلك بقضاء، ثم أقرت بامرأة أخرى أعطتها سهماً من سبعة عشر سهماً مما بقي في يدها؛ لأنها زعمت أن للميت أربع نسوة والقسمة من اثنين وثلاثين، للنسوة الثمن أربعة لكل واحدة سهم، ولها النصف ستة عشر يضرب فيما بقي في يدها ستة عشر، والمرأة بسهم، فلهذا أعطاها سهماً من سبعة عشر سهماً.

ولو ترك أخاً، فأقر الأخ بابنة للميت أعطاها نصف ما في يده؛ لأنه يزعم أن الميت خلف ابنة وأخاً، فيكون المال بينهما نصفان، فإن أعطاها ذلك بقضاء، ثم أقر بابنة أخرى أعطاها نصف ما في يده؛ لأنه يزعم أن الميت خلف ابنتين وأخاً، فيكون للابنتين الثلثان، وللأخ ما بقي، فحق الثانية بزعمه مثل حقه، ويعطيها نصف ما في يديه، فإن أعطاها ذلك بقضاء، ثم أقر بابنة أخرى أعطاها خمس ما في يديه؛ لأن للميت بزعمه ثلاث بنات وأخ، فيكون القسمة من تسعة، للبنات الثلثان ستة بينهن لكل واحدة سهمان، والباقي وهو ثلاثة للأخ، فيضرب الأخ فيما بقي في يديه بثلاثة وهي بسهمين، فلهذا يعطيها خمس ما في يده، فإن أعطاها ذلك بقضاء، ثم أقر بابنة الأخرى أعطاها ثلث ما في يده؛ لأن للميت بزعمه أربع بنات وأخ، فللبنات الثلثان أربعة من ستة لكل واحدة

سهم، والباقي للأخ، فهي تضرب في الباقي بسهم والأخ بسهمين، فهما يعطيها ثلث ما في يده.

ولو أقر الأخ أولاً بابنة، وأعطاها نصف ما في يده بقضاء، ثم أقر بابنة ابن، فإنه يعطيها ثلث ما في يده؛ لأن الميت يزعمه ابنة وابنة ابن وأخ: فللابنة النصف ثلاثة، ولابنة الابن السدس سهم والباقي وهو سهمان للأخ، فبهذا الطريق يعطيها ثلث ما في يده. فإن أعطاها ذلك بقضاء، ثم أقر بابنة ابن أسفل منها، فلا شيء لها؛ لأنه ما أقر لها بشيء من المال، فإن مع البنت وبنت الابن لا ترث ابنة ابن الابن شيء، والثابت بإقراره لا يكون أقوى من الثابت بالبينة. ولو أقر الأخ أولاً بابنة ابن ابن، فأعطاها نصف ما في يده بقضاء، ثم أقر بابنة ابن أعطاها ثلاثة أخماس ما بقي في يده؛ لأنه يزعم أن الميت ترك ابنة ابن وابنة ابن الابن وأخا، فلابنة الابن النصف ثلاثة ولبنت ابن الابن السدس والباقي وهو سهمان للأخ، فيضرب هي في ما بقي في يدها بثلاثة وهو بسهمين، فلهذا يعطيها ثلاثة أخماس ما بقي في يده. وإن أعطاها ذلك بقضاء، ثم أقر بابنة للبنت أعطاها أيضاً ثلاثة أخماس ما بقي في يده؛ لأنه يزعم أن لها النصف ثلاثة ولابنة الابن السدس، والباقي للأخ، فبهذا الطريق يعطيها ثلاثة أخماس ما بقي في يده، وإن لم يبق من ذلك شيء، ولكنه أقر بابن ابن، فإنه يعطيه جميع ما في يده؛ لأن الميت يزعمه ترك ابن ابن وأخاً، فالمال كله لابن الابن، وزعمه معتبر فيما في يده، فإن أعطاه ذلك بقضاء، ثم أقر بابن للميت، فلا ضمان على الأخ؛ لأن الدفع إلى الأول كان بقضاء القاضي، ولا يزاحم الابن مع ابن الابن فيما في يده؛ لأن إقرار الأخ ليس بحجة عليه.

ولو أقر الأخ بامرأة للميت، فدفع إليها ربع ما في يده بقضاء، ثم أقر بامرأة أخرى، أعطاها سبع ما في يده؛ لأن الميت يزعمه خلف امرأتين وأخاً، فيكون القسمة من ثمانية لكل امرأة سهم، وللأخ ستة، فلهذا يعطيها سبع ما في يده، فإن أعطاها بقضاء، ثم أقر بامرأة أخرى، أعطاها عشر ما بقي في يده؛ لأن الميت يزعمه ثلاث نسوة، والقسمة من اثني عشر لكل امرأة سهم، وللأخ تسعة، فإن أعطاها العشر بقضاء، ثم أقر بامرأة أخرى، فإنها تأخذ منه سهماً من ثلاثة عشر مما بقي في يده؛ لأن الميت يزعمه أربع نسوة، فالقسمة من ستة عشر للنسوة الربع أربعة لكل واحدة سهم، والباقي وهو اثنا عشر للأخ.

الفصل الرابع والأربعون
في إقرار بعض الورثة بوارثين وأكثر
وتصديق الوارث الآخر إياه في بعض ما أقر به

٢٦٢٧٣ - وإذا أقر بعض الورثة بوارثين، فصدقه أحد من الورثة في أحدهما، ففي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: ينظر إلى نصيب الذي أجمعا عليه من جملة المقر بهما، ولو كانا أقر بهما، فيعطي ذلك مما في يد المقر بهما، فيضمه إلى ما في يد الذي صدق به، ويقسمانه على قدر نصيبهما في الأصل، ويقسم الباقي في يد المقر بهما بينه وبين الآخر على حساب نصيبهما في الأصل لو كانا معروفين، وزعم أن هذا الأصل هو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله، وعند محمد: أن في حق المقر بهما يجعل كأن الآخر صدقه فيهما، وفي حق المجحود يجعل كأن الآخر كذبه فيهما.

وبيان هذا الأصل من المسائل:

٢٦٢٧٤ - لو أن رجلاً مات، وترك ابنين، فأقر أحدهما بأخوين معاً، وصدقه الآخر في أحدهما، فإن المتفق عليه يأخذ من المقر بهما ربع ما في يده؛ لأن الآخر لو صدقه فيهما لكان يأخذ منه ربع ما في يده، فإنه يزعم أن حق كل واحد منهما في ربع التركة، وفي يده جزء من التركة، فيأخذ منه ذلك، فيضمه إلى ما في يد الذي صدق، ويقسمانه نصفين، وما بقي في يد الآخر المقر بهما بينه وبين المجحود نصفان باعتبار زعمهما.

فأما عند محمد رحمه الله: فالمتفق عليه يأخذ من المقر بهما خمس ما في يده؛ لأنه يقول: أنا قد أقررت بأن حقك في سهم وحق المجحود في سهم إلا أن أخي حين صدقك، فقد حمل عنك نصف مؤنتك، فإنما يبقى حقك فيما في يدي في نصف سهم وحقي في سهم وحق المجحود في سهم، فنضعفه للكسر بالأنصاف، فإنما يأخذ منه

خمس ما في يده ثم التخريج بعد ذلك كما قاله أبو يوسف.

وهذه المسألة مذكورة في كتاب الإقرار بنحو علته أخواتها، لكن أحدها محمد رحمه الله مبهمة، فقال: لو ترك ابنين، فأقر أحدهما بأخ وأخت معًا، وصدقه الآخر في الأخت، وكذبه في الأخ، فإن الأخت تأخذ من المقر بهما سبع ما في يده في قول أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه يزعم أن الميت خلف ثلاثة بنين وبنتًا، وأن القسمة من سبعة: للأخت السبع من التركة، وفي يده جزء من التركة، فيعطيها سبع ما في يده، فيضمه إلى ما في يد المصدق بها، ويقاسمه للذكر مثل حظ الأنثيين باعتبار تصادقهم، وما بقي في يد المقر بهما بينه وبين المجحود نصفان. وقال محمد رحمه الله: الأخت تأخذ تسع ما في يد المقر؛ لأنه يزعم أن الميت خلف ثلاثة بنين وابنة، وأن حق الابنة في سهم، وحقه في سهمين، وحق المجحود في سهمين إلا أن السهم الذي هو لها نصفه في يد المصدق، وقد أقر بها، فذلك يصل إليها من جهته، فإنما يضرب هي فيما في يده بنصف سهم، وهما بأربعة، فانكسر بالأنصاف، فأضعف الحساب، فيكون تسعة، فلهذا أخذت تسع ما في يده، ثم التخريج كما قاله أبو يوسف.

ولو أقر أحدهما بأخ، فلم يعطه شيئًا حتى أقر بأخ آخر، وصدقه الابن المعروف في الآخر أخذ المقر به الأول نصف ما في يده؛ لما بينا أن إقرار الثاني في كلام مفصول غير معتبر في حق الأول، فيأخذ منه نصف ما في يده لهذا، ويأخذ الآخر خمس ما في يده؛ لأنه قد أقر له بسهم أيضًا، ولكن الابن الآخر حين صدقه فيه، فقد تحول عنه نصف مؤنته، فإنما يضرب هو فيما في يده بنصف سهم. فلهذا يأخذ الآخر خمس ما في يده، ويضمه إلى ما في يد المصدق، فيقسمانه نصفين، ولو كان الأخ صدقه في المقر به الأول، وكذبه في الآخر، فإن المقر به الأول يأخذ من المقر ثلث ما بقي في يده؛ لأن في زعمه حين أقر به أولا أن حقه من ثلث التركة، ولكن بعض التركة في يد الأخ وهو مصدق به، فذلك يصل إليه من جهته، فلهذا يأخذ ثلث ما في يده مقدار ما أقر له به وهو الثلث، ويضمه إلى ما في يد المصدق، ويقسمانه نصفين لتصادقهما، وما بقي في يد المقر بينه وبين الأخ نصفين لاعتبار إقراره في حقه.

ولو ترك ابنين، فأقر أحدهما بأخ، وأعطاه نصف ما في يده بقضاء قاض، ثم أقر

بعد ذلك بأخت، فإن الأخت تأخذ ربع ما في يد المقر بالأخرى؛ لأن المقر بالأخرى إنما أقر بها بعد ضياع المال، فإن الميت بزعمه ثلاثة بنين وابنة، فتكون القسمة من سبعة لها سبع التركة، وفي يده جزء من التركة، فلها سبع ذلك، والباقي بين المقر والمقر الأول نصفان لكل واحد منهما ثلاثة، وأخذ الأول زيادة على حقه بقضاء القاضي، فيجعل ذلك كالتاوي، فيضرب الأخت فيما في يد المقر بسهم، والمقر بثلاثة. فلهذا أخذت ربع ما في يده، وضمت إلى ما في يد الذي صدق بها، واقتسماه للذكر مثل حظ الأنثيين لتصادقهما على أن حقها في التركة مثل نصف حقه.

ولو ترك ابنين، فأقر أحدهما بامرأتين لأبيه معاً، وصدقه الآخر في إحداهما، فإن المتفق عليها تأخذ من المقر بهما نصف ثمن ما في يده؛ لأن حقها بزعمه في نصف ثمن التركة، وفي يده نصف من التركة، فيعطيها نصف ثمنه، فيضمه إلى ما في يد الآخر، فيقسمان على تسعة؛ لأن بزعم الآخر أن الميت خلف ابنين وامرأة، وأن القسمة من ستة عشر، للمرأة منها سهمان، وله سبعة، فيقسم ما في يدهما على ذلك باعتبار تصادقهما، ثم يقاسم المقر المرأة المجحودة ما بقي في يده على ثمانية؛ لأن بزعمه أن القسمة من ستة عشر، فإن لها سهماً وله سبعة، فيقسم ما في يده بينهما على ذلك.

٣٦٦٢٧ - ولو ترك ابنين، وأقر أحدهما بامرأة، وأعطاها سبع ما في يده بقضاء قاض، ثم أقر بامرأتين معها، وصدقه أخوه في إحداهما، فإن المتفق عليها تأخذ من المقر بها جزءاً من عشرين جزءاً وخمس جزء وثلاثة أخماس جزء مما بقي في يده؛ لأن الفريضة بزعمه من ثمانية وأربعين، فإنه يزعم أن الميت خلف ابنين وثلاث نسوة، فللنسوة الثمن بينهن أثلاثاً لا يستقيم، والباقي وهو سبعة بين الابنين نصفين لا يستقيم، فيضرب اثنين في ثلاثة، فيكون ستة، ثم يضرب ثمانية في ستة، فيكون ثمانية وأربعين، للنسوة من ذلك الثمن ستة لكل واحدة سهمان، ولكل ابن واحد وعشرون، إلا أنه دفع إلى الأولى سبع ما في يده، والذي في يده كان أربعة وعشرين، وسبعاه خمسة وثلث، سهمان من ذلك حقها بزعمه وثلاثة وثلث أعطاها زيادة على حقها وما أعطاها زيادة من حق الآخرين لا يكون محسوباً عليه؛ لأنه دفع ذلك بقضاء، ولكن ما أعطاها من حقه يكون محسوباً من نصيبه. وإذا تأملت ذلك كان ما أعطى من نصيبه سهماً وثلاثة أخماس سهم وخمس خمس سهم، فقد كان نصيبه أحداً وعشرين إذا انتقص منه هذا القدر يبقى من حقه تسعة

إنما أقرت بحصتها في يد المعروفة، وهي صدقته في ذلك، فلهذا لا تأخذ من ما بقي في يد الابن شيئًا بخلاف الأولى، فإن المعروفة هناك كذبت بها، فلا يصل إليها نصيبها مما في يد المعروفة. فلا بد أن يدخل مع المقر فيما في يده؛ لأن ما في يده جزء من التركة، وحقها من التركة. وعلى هذا لو ترك ابنًا وامرأة، ثم أقر الابن بامرأة، وصدقته المعروفة، فإنها تأخذ نصف ما في يد المعروفة، ولا سبيل لها على ما في يد الابن.

٢١٢٧٨ - ولو ترك ابنين وامرأة، فأقر إحدى الابنين بامرأتين معًا، وصدقته المعروفة في إحداهما، وكذبته في الأخرى، فإن المعروفة تقاسم التي أقرت بها ما في يدها نصفين؛ لأن ميراث النساء في يدها، وقد صدقت هذه، وزعمت أن حقهما سواء. ويقاسم الابن المرأة الباقية ما في يده على ثلاثة وعشرين؛ لأن القسمة بزعمه من ثمانية وأربعين لكل امرأة سهمان ولكل ابن أحد وعشرون، فهو يضرب في الباقي بأحد وعشرين، وهي بسهمين، فيكون بينهما على ثلاثة وعشرين سهمًا لها من ذلك سهمان، وله أحد وعشرون.

ولو ترك ابنًا وامرأة، فأقرت المرأة بابن، فصدقها في ذلك الابن المعروف، فإن المقر به يقاسم المعروف ما في يده نصفين؛ لأن ميراث البنين في يده، والذي في يد المرأة ميراث النساء ولا حظ للبنين في ذلك، فإن أقرت بابنين وصدقها ابنها المعروف في أحدهما، فإن المتفق عليه لا يدخل في نصيب المرأة بشيء، والابن الآخر يقاسم المرأة ما في يدها على عشرة؛ لأن القسمة بزعمها من أربعة وعشرين لها ثلاثة، ولكل ابن سبعة.

٢١٢٧٩ - ولو ترك ابنًا وامرأة، وأقر الابن بثلاث نسوة، وصدقته المعروفة في امرأتين منهن، فإن المعروفة تقاسم ما في يدها أثلاثًا؛ لأن ميراث النساء في يدها، وقد أقرت لهاتين بالزوجية، وأن حقهما مثل حقها. ويقاسم الابن المرأة الباقية ما في يده على تسعة وعشرين سهمًا؛ لأن القسمة بزعمه من اثنين وثلاثين للنسوة الثمن أربعة لكل واحدة منهن سهم، وللابن ثمانية وعشرون. فهي تدخل معه فيما في يده، فتضرب بسهم، وهو بثمانية وعشرين. فإن تصادقت النسوة كلهن فيما بينهن، فإنهن يدخلن مع المعروفة فيما في يدها، فيقسم ذلك بينهن أرباعًا؛ لأن ميراث النساء في يدها، وقد أقرت لهن بالزوجية. ولو كانت المرأة هي التي أقرت بثلاث بنين، فصدقها الابن في أحدهم، فالذي

صدقه الابن يقاسمه ما في يده نصفين، ويقسم ما في يد المرأة على ثمانية عشر، لها أربعة، ولكل ابن سبعة؛ لأن القسمة بزعمها من اثنين وثلاثين، فإن ميت خلف أربعة بنين أو امرأة. فيكون للمرأة الثمن أربعة لكل ابن سبعة فما في يدها يقسم بينها وبين الاثنين المجحودين على قدر حقوقهم، ولو صدقها الابن، فهم جميعاً دخلوا معه في نصيبه، فيقسمون ذلك أرباعاً، ولم يأخذوا من المرأة شيئاً؛ لأن نصيب الأولاد في يد الابن المعروف، وقد صدق بهم، فهم بمنزلة الأولاد المعروفين للميت.

مستحق باختياره.

٢١٢٨٧ - رجل مات، وترك دارًا وابنًا، ثم مات الابن، وترك ابنين، فأقر أحدهما بابن الميت الأول أعطاه ثلثي ما في يده كأنه زعم أن الميت الأول خلف ابنين، فإن نصف التركة للمقرّ به، والنصف الآخر بينه وبين أخيه نصفين بالميراث من أبيهما، فحقه نصف حق المقرّ به بزعمه، فلهذا يعطيه ثلثي ما في يده، ولو كان الابن حين مات، وترك بنتين، فأقرت إحداهما بابن الميت الأول أعطته أربعة أخماس ما في يدها؛ لأنها زعمت أن للمقرّ به النصف بالميراث من أبيه، وأن النصف الباقي قد صار أثلاثًا بموت أبيها للابنتين الثلثان، وللأخ ما بقي، فإذا بزعمها لها سدس الدار، وللمقرّ به أربعة أسداس، فيقسم ما في يدها بينهما على ذلك أخماسًا.

ولو ترك ابنين من أم ولده، وترك الدار، ثم مات أحدهما، وترك الدار، ثم مات أحدهما، وترك بنتًا، وترك عبدًا سوى نصيبه من الدار، ثم إن عم الجارية أقرّ بأخ لأب، فإنه يعطيه نصف ما وصل إليه من الدار، ولا يعطيه مما ورث من العبد شيئًا، أما لا يعطيه من العبد شيئًا؛ لأن حصته من العبد ميراثًا له من أخيه، وبزعمه أن أخيه مات عن ابنه وأخ لأب، ولا شيء للأخ لأب وأم، وأما الدار: فهي ميراث عن ابنه، وهو يزعم أن المقر له مساوٍ له فيما ورث من أبيه، فلهذا يعطيه نصف ما وصل إليه من الدار، قالوا: وهذا غير صحيح؛ لأن الواصل إليه في الحاصل ثلاثة أرباع الدار - نصفه بالميراث من أبيه، والربع بالميراث من أخيه، وحق المقر له بزعمه في ثلث الدار، فلا معنى لقوله: يعطيه نصف ما وصل إليه من الدار إلا أن يكون مراده نصف ما وصل إليه بالميراث من أبيه، وهو محتمل أيضًا؛ لأن بعض ما وصل إليه بالميراث من أبيه ورثه حق المقر به في ذلك الجزء، فلا وجه له سوى أن يقال: موضوع المسألة فيما إذا اختلف أحد الابنين ابنين، فحينئذ العائد إلى الأخ ثلث النصف، فيجتمع في يده ثلثا الدار، فيؤمر تسليم نصف ذلك إلى المقر به لإقراره أن ثلث الدار له إرث عن أبيه.

ولو أقر بأخ لأب وأم، قاسمه ما وصل إليه من الدار، والعبد نصفين؛ لأنه يزعم أن المقر به مساوٍ له في التركتين جميعًا، فما وصل إليه من التركتين يكون بينهما نصفين.

ولو مات وترك ابنين، ثم مات أحدهما، وترك ابنة، فأقر الابن الباقي بامرأة

الميت ، وإنها أمها(١) ، وأنكرت الابنة ذلك ، فإنه يعطيها مما في يده تسعة عشر سهماً من خمسة وسبعين ؛ لأن فريضة الميت الأول بزعمه من ستة عشر ، للمرأة سهمان ، ولكل ابن سبعة ، ثم مات أحد الابنين ، وترك أماً وأختاً ، فتكون هذه الفريضة من ستة ، ونصيبه من التركة الأولى سبعة ، وقسمت سبعة على ستة لا يستقيم ، فيضرب ستة عشر في ستة ، فيكون ستة وتسعين ، كان للأم من التركة الأولى سهمان ، فضربتهما في ستة ، فذلك اثني عشر ، ولكل ابن اثنان وأربعون ، وحصل للابن الباقي من تركة الابن الميت أربعة عشر ، فجملة ما حصل للابن الباقي من التركتين ستة وخمسون ، ونصيب الأم من التركة الأولى اثني عشر ، ومن التركة الثانية سبعة ، فجملة ذلك تسعة عشر بقسم ، ولكل إلى نصيب الابن الباقي ، فصار خمسة وسبعين ، فلهذا يعطيها مما في يده تسعة عشر سهماً من خمسة وسبعين .

٢١٢٨٣ - رجل مات ، وترك ابنين وألفي درهم ، فأخذ كل واحد منهما ألفاً ، ثم إن أحدهما مات ، وترك مائة درهم ، والأخ وارثه ، وهما أخوان لأب وأم ، ثم إن الباقي أقرّ بالأخ لأب ، فإنه يقاسم هذه الألف ومائة درهم نصفين ؛ لأنه زعم أن حقه الميت الثاني كان في ثلثي الألف ، وإن ما أخذه زيادة على حقه ، كان مستحق الرد عليه ، فإذا استوفى ذلك من تركته ، فضمانها كان مستحقاً عليه ، فيكون ذلك كله تركة الميت الأول ، وقد زعم أن هذا المقر ما ولد من تركته ، فلهذا قاسمه ما في يده نصفين ، وكذلك لو كان ترك أكثر من مائة درهم إلى ثلث الألف ، فإن كان ترك أكثر من ثلث الألف ، أخذ من ذلك ثلث الألف ، وأخذ من المقر ثلث الألف التي كان في يده ، ولا حق له فيما بقي ؛ لأن المقر يزعم أن حق المقر به في ثلث المال ، كان الألف بأن ذلك دين على الميت الثاني ، فيأخذ ذلك القدر من تركته ، ثم ما بقي ميراث من الميت الثاني ، وقد ترك أخاً لأب وأم وأخاً لأب ، فيكون الميراث كله للأخ لأب وأم .

٢١٢٨٤ - ولو أن رجلاً في يديه ألف درهم ، ورثها من أبيه وهو مجهول الميت ، فأقر بأخ له من أبيه ، فقال المقر به : قد أقررت أن هذه الألف تركها أبي ، وإنك تزعم أنك ابنه ، ولست ابنه ، فادفعها إليّ ، فالقول قول الذي في يديه ألف درهم ، وللمقر به

---

(١) وفي الأصل : أمها .

نصفها ؛ لأنه كان مستحقاً لها بيده ، إنما أقر للمقر به بنصفها ، ولا بأحد أكثر من ذلك الألف يقيم البينة على نسبه ، فحينئذ يأخذ الجميع ؛ لأنه أثبت سبب استحقاقه بالبينة ، وليس للآخر سبب مثله ، فلا يزاحمه ، وفي الأول إنما ثبت سبب استحقاقه بإقرار ذي اليد ، وهو ما أقر له إلا بالنصف ، وصحة إقرار ذي اليد باعتبار كونه وارثاً للميت .

٢٤٢٨٥ - رجل مات ، وترك أخاً لأبيه وأخاً لأمه ، فيقتسم المال ، ثم ادعى رجل أنه أخو الميت لأبيه وأمه ، فقال الأخ من الأب : أنت أخي لأبي وأمي ، وقال الأخ من الأم : أنت أخي لأبي وأمي ، فإن المقر به يقاسم الأخ من الأب ما في يديه نصفين ؛ لأنه أخ الميت لأب يساويه في التركة ، والمقر له صدقه في ذلك زيادة عليه . فيقاسم ما في يديه نصفين ، وفي يده خمسة أسداس التركة ، فقد وصل إلى المقر به سدسان ونصف سدس ، ولا يدخل في نصيب الأخ من الأم ؛ لأن الأخ من الأم يزعم أنه مثله أخ لأم ، وإن نصيبه من التركة السدس ، وما وصل إليه أكثر من ذلك ، فلهذا لا يزاحمه في شيء مما في يديه .

ولو قال الأخ من الأم : أنت أخي لأبي وأمي ، وأنكره الأخ من الأب ، فإنه يقاسم الأخ من الأم ما في يديه نصفين لإقراره أنه مساويه في تركة الميت ، ولم يصل إليه شيء من التركة ؛ فيعطيه المقر نصف ما في يده ؛ ولو قال الأخ من الأم : أنت أخو الميت لأبيه وأمه كما قلت ، وقال الأخ من الأب : أنت أخي لأمي ، ولست بأخي لأبي ، فإن المقر به يقاسم الأخ لأب ما في يديه نصفين ؛ لما قلنا ، ثم يضم ذلك النصف إلى ما في يد الأخ من الأم ، فيقتسمان ذلك على ستة للأخ من الأم سهم ، وللمقر خمسة ؛ لأن في زعم الأخ من الأم أن الميت خلف ثلاث أخوة متفرقين ، فيكون للأخ من الأم سهم ، والباقي للأخ لأب وأم ولا شيء للأخ لأب ، فإن ما أخذ أخذه ظلماً ، فيجعل ذلك كالتاوي ، وإنما حاصل التركة ما في أيديهما ، فيقسم بينهما أسداساً باعتبار زعمهما ؛ ولو كان صدقه الأخ من الأب فإنه يأخذ جميع ما في يد الأخ لأب ؛ لأن المستحق بالعصوبة ما في يده ، وقد أقر أنه مقدم عليه في الاستحقاق بالعصوبة ، ولا يدخل في نصيب الأخ من الأم سواء أقر له بذلك ، أو أنكره ؛ لأن ما ادعى من الأخوة لو كان ظاهراً كان السدس سالماً بالفريضة للأخ ، وليس في يده أكثر من ذلك ، ولو قال الأخ لأم : أنت أخو الميت لأب ، وكذبه الأخ لأب ، فإنه يقسم ما في يد الأخ لأم على سبعة ؛ لأن في زعم الأخ لأم أن

الميت ترك أخاً لأم وأخوين لأب، وإن القسمة من اثني عشر: للأخ لأم سهمان، ولكل أخ من الأب خمسة، فيضرب المقرّ به فيما في يده بخمسة والمقرّ بسهمين، فيكون ذلك بينهما أسباعاً.

٢١٢٨٦- ولو ادعى رجلان أنهما أخوا الميت لأبيه وأمه، فقال الأخ لأب لأحدهما: أنت أخي لأبي وأمي، وكذب الأخ الآخر، وقال الأخ لأم للآخر: أنت أخي لأبي وأمي، وكذب المقرّ بهما فيما بينهما، فالذي أقر به الأخ لأب يأخذ منه نصف ما في يده لإقراره أنه مساو له في التركة، فالذي أقر به الأخ لأم يأخذ منه أيضاً نصف ما في يده لإقراره أنه مساو في التركة، ولا يرجع أحدهما على الآخر بشيء؛ لأن كل واحد منهما مكذب لصاحبه إلا أن يتصادق المقرّ بهما، فحينئذ يقسمان ما أخذوا بينهما نصفين باعتبار تصادقهما.

ولو قال الأخ لأب لأحدهما: أنت أخو الميت لأبيه وأمه كما قلت، وكذب المقرّ بهما فيما بينهما، فالذي أقر به الأخ من الأب يأخذ منه جميع ما في يده لإقراره أنه مقدم عليه فيما هو مستحق بالعصوبة، ويقاسم الذي أقر به الأخ من الأم ما في يد الأخ من الأم على ستة لإقراره أن له خمسة أسداس التركة وللمقرّ السدس، وفي يده جزء من التركة فيقاسمه في يده أسداساً، وإن تصادق المقرّ بهما بعضهما ببعض، فإذا أخذ الذي أقر به الأخ لأب منه جميع ما في يده قاسم ذلك الآخر نصفين، ولا يرجع في نصيب الأخ لأم شيء؛ لأنه قد استوفى جميع حصته من الميراث بزعمه، ألا ترى أنه لو قامت لهما بينة بذلك أخذ ما بقي في يد الأخ لأب، لم يكن لهما سبيل على ما في يد الأخ لأم.

ولو قال الأخ لأب لأحدهما: أنت أخي لأبي وأمي، وقال الآخر الذي صدقه الأخ من الأم: صدق أخوك حين أقر بك أنت أخ لأم، وخرج الكلامان معاً، فالذي أقر للأخ من الأم يأخذ من الأخ لأب السدس من جميع المال؛ لأنه يزعم أن الميت خلف أخوين لأم وأخوين لأب، فيكون للأخوين لأم الثلث لكل واحد منهما السدس، وقد أخذ المعروف منهما السدس، فيأخذ هذا المقرّ به سدساً آخر منه، ولا يدخل في نصيب للأخ من الأم شيء، ثم ما بقي في يد الأخ لأب يقسم بينه وبين الآخر الذي أقر له بالأخوة لأب نصفين، ولو كان الأخ لأب أقر بأخ من أبيه، ودفع إليه نصف ما في يده

بقضاء أو بغير قضاء ، ثم أقر بأخ لأب ، وصدقه فيه الأخ لأم ، فإن كان دفع النصف إلى الأول بقضاء قاضٍ ، فإن المقرّ به الآخر يأخذ ثلث ما بقي في يده ؛ لأنه يزعم أن لهذا المقرّ به سدس التركة ، وأن له ثلث التركة ، وللمقر به الأول الثلث ، وقد دفع إلى الأول زيادة على حقه بقضاء القاضي ، فلا يكون ضامنًا لذلك ، ولكن يقسم ما بقي في يده بينه وبين المقر على قدر حقهما ، فإذا أخذ ثلث ما في يد الأخ لأم ، فيقتسمان ذلك نصفين ؛ لأنهما تصادقا أن حقهما في التركة سواء ، وإن كان دفع إلى الأول بغير قضاء ، أخذ منه خمس ما كان في يده ، وهو سدس جميع المال ، ولا يدخل في نصيب الأخ ؛ لأن الأخ لأب قد أقر له بسدس كامل ، وما دفعه إلى الأول بغير قضاء محسوب عليه من نصيبه ، فيجعل ذلك كالقائم في يده . فلهذا يعطيه كمال نصيبه بزعمه .

٤٤٢٨٧ - وإذا ترك الرجل أختًا لأب وأختًا لأم وعمًا ، فاقتسموا التركة ، وأخذت الأخت لأب النصف والأخت لأم السدس والعم ما بقي ، فادعت امرأة أنها أخت الميت لأب وأم ، فقالت الأخت من الأم : أنت أختي لأبي وأمي ، وقالت الأخت لأب : أنت أختي لأبي وأمي ، وكذبهما العم ؛ فالمقرَّ بها تأخذ نصف ما في يد الأخت لأب ، ولا تدخل في نصيب الأخت لأم ؛ لأن الأخت لأب أقرت أنها تساويها في تركة الميت ، فتأخذ نصف ما في يدها ، والأخت لأم زعمت أن نصيبها سدس التركة ، وقد وصل إليها الربع ، فكيف تدخل في نصيبها ، ولو كذبته الأخت من الأب مع العم قسم ما في يد الأخت من الأم بينهما نصفين لإقرارها أنهما تساويا في سبب الاستحقاق ، ولم يصل إليها شيء من التركة ، ولو قالت الأخت لأم : أنت أخت الميت لأبيه وأمه ، وكذبت الأخرى بها ، قسم ما في يد الأخت لأم على أربعة ؛ لأنها تزعم أن لها النصف من التركة ثلاثة من ستة . فتضرب هي فيما في يد الأخت لأم بثلاثة ، والأخت لأم بسهم ، فإن صدقت الأخت من الأب بما قالت الأخت من الأم ، قسم ما في يد الأخت من الأب . وما بقي في يدي الأخت لأم على خمسة ، ثلاثة أسهم للمقر بها ، وسهم للأخت من الأم ؛ لأنهم تصادقوا فيما بينهم على أن نصيب كل واحد من التركة هذا المقدار ، ولو لم تقر بها واحدة منهما ، ولكن العم أقر بأخت للميت لأب وأم ، قسم ما في يد العم على أربعة ؛ لأن العم يزعم أن حقها في نصف التركة ثلاثة من ستة وحقه في سهم . فإنما تضرب هي بثلاثة وهو بسهم .

بزعمها أن للمرأة ثلاثة، وللمقرّ بها ثمانية، وللأخ خمسة، فيقتسم ما في يدها على هذا باعتبار زعمها، ولو لم تقر المرأة بها، ولكن الأخ أقر بها، فإنه يقسم ما في يد الأخ على ثلاثة عشر سهماً؛ لأن بزعم الأخ لها ثمانية، وله خمسة.

ولو ترك ابناً، وأقر الابن بأخ له، ودفع إليه نصف ما في يده، ثم إن المقرّ له أقر بأخ، وكذبه الابن المعروف في ذلك، فإن المقرّ يأخذ نصف ما في يد المقرّ به الأول؛ لأنه صار أحق بما وصل إليه بإقرار الابن المعروف، وقد زعم أن المقرّ به الثاني مساو له في ذلك، فإذا دفع إليه بقضاء أو بغير قضاء، ثم أقر بأخ له، وصدقه الابن المعروف، وكذبه المقرّ بهما بعضهما بعض، فإن كان الأخ المقرّ دفع نصف ما في يده إلى الأول بقضاء أخذه المقرّ له الآخر منه خمسي ما بقي في يده؛ لأنه لا ضمان عليه في شيء مما دفعه إلى الأول بقضاء القاضي، بقي ما في يده، وهو يزعم أن حقه في سهم من أربعة نصف ذلك في يده ونصفه في يد أخيه، وهو مقرّ له بذلك الباقي، وهو ثلاثة، منه وبين المقرّ به الأول نصفين، لكل واحد منهما سهم ونصف، وإنما يضرب هو فيما في يديه بسهم من أربعة والمقرّ بسهم ونصف، فانكسر بالأنصاف فأضعفه، فيكون خمسة، فلهذا يأخذ خمسي ما بقي مما في يده، ويضمه إلى ما في يد الابن المعروف، فيقسمان ذلك نصفين لتصادقهما على أن حقهما في التركة سواء، وإن كان دفع بغير قضاء أخذ منه المقرّ به الآخر ربع ما كان في يده؛ لأنه أقر أن له الربع في كل جزء من التركة، فإن الميت خلف بزعمه أربعة بنين، وما دفع إليه بغير قضاء محسوب عليه، فيجعل كالقائم في يده، فيدفع إلى المقرّ به الآخر جميع حقه، وهو ربع ما كان في يده، فيضمه إلى ما في يد الابن المعروف، فيقسمان ذلك نصفين، وإن تصادق المقرّ بهما فيما بينهما أخذ المقر له الآخر ثلث ما بقي في يد الابن المعروف؛ لأنه يزعم أن الميت خلف ثلاثة بنين، وأن حق هذا المقرّ به الآخر في ثلث التركة، وما في يده جزء، فيدفع إليه ثلث ذلك، ويضمه إلى ما في يدي المقرّ والمقرّ به الأول، فيقتسمونه أثلاثاً لتصادقهم على أن حقهم في التركة سواء.

الفصل السادس والأربعون
في الإقرار بالوارث بعد القسمة

٣٦٢٨٨ - وإذا مات الرجل، وترك ابنين وعبدين أو عبداً أو داراً، فاقتسما، وأخذ كل واحد منهما حصته، ثم أقر أحدهما بأخ، وكذبه الآخر، فإنه يعطيه ثلث ما في يده، وربع قيمة ما صار لصاحبه؛ لأن المقر يزعم أن الميت خلف ثلاثة بنين وأن حق المقر به في ثلث التركة، وفي يده جزء من التركة، فيعطيه ثلث ذلك، وما أخذه أخوه كان في الأصل في يدهما نصفه في يد الأخ، فلا يعطي المقر شيئاً من ذلك للمقر به، ونصفه في يده سلمه إليه، فيغرم للمقر به حصته من ذلك، وحصته منه ثلث النصف؛ لأنه يستوي به في التركة بزعمه، فلهذا يغرم له ربع قيمة ما صار لأخيه.

ولو أقر أحدهما بأخت، وكذبه الآخر أعطاها خمس ما في يده، وسدس قيمة ما صار لصاحبه؛ لأن للميت بزعمه ابنين وابنة، فحقها في خمس التركة، فيعطيها خمس ما في يده، والنصف الذي دفعه إلى أخيه لو كان في يده كان حقها في ثلث ذلك؛ لأن حق المقر ضعف حق المقر به، وإنما يغرم لها ثلث النصف وذلك سدس الكل.

ولو أقر بأخ وأخت، وكذبه الآخر فيهما، وتكاذبا فيما بينهما، فإنه يعطي الأخت سبع ما في يده، وعشر قيمة ما صار لصاحبه؛ لأن للميت بزعمه ثلاث بنين وابنة، فيكون نصيب الابنة سهماً من سبعة، فيعطيها سبع ما في يده وعشر قيمة ما صار لصاحبه؛ لأن النصف الذي دفعه إلى صاحبه من ذلك لو كان في يده كان يعطيها خمس ذلك النصف، فإن ذلك النصف يقسم بين المقر والأخ المقر به والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين، فيكون حقها في خمس ذلك وخمس النصف عشر الجميع، ويعطي الأخ مثلي ذلك؛ لأن النصيب للأخ بزعمه سهمان من سبعة، فيعطيه سبعي ما في يده وخمس قيمة ما صار لأخيه؛ لأن حقه بزعمه في خمسي نصف ذلك.

ولو كان أقر بأختين معاً، فإنه يعطي كل واحدة منهما سدس ما في يده؛ لأن للميت بزعمه بنتان وابنان، فيصير لكل واحدة من الابنتين سدس التركة، فيعطي كل

واحد منهما سدس ما في يده وثمن قيمة ما صار لصاحبه ؛ لأن النصف الذي سلمه إلى صاحبه ، لو كان يعطي لكل واحد ربع ثلثه ، فإن ذلك النصف بين المقر وبين المقر بهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإذا يغرم لكل واحد ربع قيمة النصف وهو ثمن قيمة الجميع

ولو أقر بأخوين معًا أعطى كل واحد منهما ربع ما في يده ؛ لأن للميت بزعمه أربعة بنين ، فنصيب كل واحد من المقر بهما مما في يده الربع ، ويغرم لكل واحد منهما سدس قيمة ما صار لصاحبه ؛ لأن النصف الذي كان في يده من ذلك لو لم يدفعه إلى صاحبه لكان يقسم ذلك بينهم أثلاثًا ؛ لاستوائهم في الشركة ، فإنما يغرم لكل واحد منهما ثلث النصف وهو سدس الجميع

ولو ترك ابنين وبنتًا وعبدين ودارًا ، فاقتسموا ، وأخذت الابنة عبدًا ، وأخذ أحد الابنين عبدًا ، والآخر الدار ، فأقرت الابنة بأخ أعطته سبع ما في يدها ، وقد كان في يدها مما وصل إلى كل واحد من الأخوين والخمس باعتبار نصيبهم في التركة ، فلذلك الخمس لو كان في يدها ، لكان بينها وبين المقر به أثلاثًا ، فظهر أن حق المقر به في ثلثي خمس ما صار لكل واحد منهما ، وذلك جزءان من خمسة عشر جزءًا ؛ فإن خمس خمسة عشر ثلاثة ، وثلثاه جزءان ، فلهذا تغرم للمقر به جزءين من خمسة عشر ، مما صار في يد كل واحد من الأخوين .

ولو كانت أقرت بأخت أعطتها سدس ما في يدها ، وعشر قيمة ما صار لكل واحد من الأخوين ؛ لأن للميت بزعمها ابنين وبنتين ، فنصيب المقر بها بزعمها سدس التركة ، فلهذا أعطتها سدس ما في يدها ، وقد كان مما وصل إلى كل واحد من الأخوين في يدها الخمس ، ولو بقي ذلك كان مقسومًا بينها وبين الأخت المقر بها نصفان ، ونصف الخمس عشر الجميع ، فلهذا يغرم لها عشر ما صار لكل واحد منهما

ولو أقرت بأخ وأخت يعطي الأخ ربع ما في يدها ؛ لأن للميت بزعمها ثلاثة بنين وبنتين ، فتكون القسمة من ثمانية لكل ابن سهمان وهو الربع ، فيعطيه ربع ما في يدها وعشر قيمة ما صار لكل واحد من الأخوين ؛ لأنه كان في يدها خمس ما صار لكل واحد من الأخوين مقسومًا بينها وبين المقر بهما أرباعًا نصف ذلك للأخ ، والربع لكل أخت ونصف الخمس عشر الجميع ، فلهذا تغرم للأخ عشر قيمة ما صار للأخوين ، فيعطي

ولو كان أقر بأخوين وأختين معًا أعطى كل أخ خمس ما في يده ؛ لأن الميت يزعمه ثلاثة بنين وأربع بنات ، فيكون القسمة من عشرة لكل ابن سهمان ، وسهمان من عشرة الخمس ، فلهذا يعطى الأخ خمس ما في يده ، وثمن ما صار للأختين ؛ لأن في يده باعتبار الأصل نصف ذلك ، ولو بقي ذلك في يده ، لكان مقسومًا بينه وبين المقر لهم على ثمانية لكل أخ سهمان ، ولكل أخت سهم ، فإنما يغرم للأخ ربع النصف مما صار لكل أخت ، وربع النصف ثمن الجميع ، فلهذا قال : يغرم للأخ ثمن ما صار للأختين ، ثم يعطي لكل أخت مثل نصيب الأخ ، وعلى هذا جميع هذه الوجوه وقياسه - والله أعلم - .

كتاب الخنثى

هذا الكتاب يشتمل على فصلين :

الفصل الأول : في تفسيره ووقوع الإشكال في حاله

الفصل الثاني : في أحكام الخنثى المشكل ، وإنه على قسمين : قسم يتعلق بحال حياته ، وقسم يتعلق بما بعد موته ، والقسم الذي يتعلق بحال حياته أنواع : نوع منه يرجع إلى العبادات ، ونوع : في بيان من يكره ومن لا يكره من ذلك ، ونوع : في مسائل النكاح ، ونوع في الحدود والقصاص ، ونوع آخر في الأيمان ، ونوع آخر في إقرار الخنثى أنه ذكر أو أنثى ، وفي إقرار أبيه ووصيه بذلك ، ونوع آخر : في الاختلاف الواقع في حال الخنثى ، والدعوى في ذلك ، وإقامة البينة عليها ، ونوع في المتفرقات

الفصل الأول

في تفسيره ووقوع الإشكال في حاله

٢١٢٨٩ - يجب أن يعلم بأن الخنثى من يكون له آلة الرجال والنساء، قال البقالي: ولا يكون له واحد منهما، ويخرج البول من ثقبة. ويعتبر المبال في حقه لأنه أصلي، فإن بال من مبال الرجال، فهو رجل، وإن بال من مبال النساء، فهي امرأة، وإن بال منهما، فهو من أسبقهما بولاً، وإن استويا معاً، فهو مشكل عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يعتبر أكثرهما خروجاً، فإن استويا، فهو مشكل عندهما أيضاً، قالوا: وإنما يتحقق هذا الإشكال قبل البلوغ، فأما بعده يزول الإشكال، لأن بعد البلوغ لا بد من أمارة تظهر له يعلم بها أنه رجل أو امرأة، فإن بلغ، وجامع بذكره، فهو رجل، وإن لم يجامع بذكره، ولكن خرج لحيته، فهو رجل، وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل، فهو رجل، وإن لم يكن شيء من ذلك، ولكن نهدت، أو خرج له ثديان كثدي المرأة، فهو امرأة، وكذلك إذا حبلت، أو نزل من ثديها اللبن، فهي امرأة، وإن لم يجامع بذكره، ولا خرجت لحيته، ولا احتلم، ولا حاض، ولا نهد له ثديان كثدي المرأة، ولا جومع كما تجامع المرأة، فهو رجل.

الفصل الثاني
في أحكام الخنثى المشكل

وإنه على قسمين. قسم: يتصل بحال حياته، وقسم: يتصل بما بعد مماته.

٢١٢٩٠ - أما القسم الذي يختص بما بعد موته. فنقول: إذا مات الخنثى المشكل، وقد راهق، فإنه لا يغسله رجل ولا امرأة، أما لا يغسله رجل لجواز أنه أنثى، ولا يحل للرجل غسل الأنثى، ولكن ييمم بالصعيد، لأنا عجزنا عن غسله لعدم الغاسل: فيعتبر بما لو عجزنا عن غسله لعدم آلة الغسل وهو الماء، وهناك ييمم، فههنا كذلك، ويجعل الميمم على يده خرقة إن لم يكن ذا رحم محرم منه، فإن كان ذا رحم محرم منه، فييممه من غير خرقة كما لو وقع العجز عن الغسل لعدم الماء، ونظير ذلك ما قال محمد: في امرأة تموت في السفر معها رجال، وليس معهم امرأة، فإن الرجال ييممونها بالصعيد مع الخرقة، وإن كان الميمم أجنبياً، وبغير خرقة إن كان ذا رحم محرم منها، وكذلك إذا مات الرجل في السفر مع النساء، وليس معهن رجل، فإن النساء ييممنه بالصعيد من غير خرقة إن كن ذوات رحم محرم منه وبخرقة إن كن أجانب عنه.

ولا بأس للذي ييممه أن ينظر إلى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه إن كان الميمم امرأة لجواز أنه رجل، وإن كان الميمم رجلاً لجواز أنه أنثى، وفي هذا أخذ بالاحتياط فيما بين أمره على الاحتياط. وإن سجي قبره، فهو أحب إلي هكذا ذكر، وهذا نوع احتياط، فلعل هذه امرأة، ومبنى حال المرأة على الستر، ولا بأس بتسجية قبر الرجل عند العذر كالحر والبرد والمطر، واشتباه حاله في المعنى أبلغ من ذلك، وإن حمل على السرير مقلوباً، فهو أحب إلي، ومعنى المقلوب أنه إذا كان للجنازة قوائم تقلب، وتجعل القوائم التي أسفل الجنازة أعلاه، ثم يحمل عليه؛ لأنه لا بد وأن تلقى عليه ثوب، فإذا حملت الجنازة مقلوباً يلقى الثوب على القوائم، فيكون أستر لها مما إذا حمل على ظاهر الجنازة، وإذا لم يكن لها قوائم وضع على ظهر الجنازة، ووضع عليه النعش ليكون أستر لها إن كان امرأة وهو السنة، وإن كان رجلاً، فالنعش لا يضره، وقد أرى الوجهين ما ذكرنا.

وإن دخل قبره ذو رحم محرم منه ليضعه فيه أحب إلي؛ لأنه إن كان أنثى، فدخل الأجنبي قبره، فيضعه فيه فيكره، ودخول المحرم لا بأس به، وإن كان ذكراً لا يضره دخول المحرم، فكان الاحتياط فيما قلنا، وإذا كفن في كفن النساء خمسة أثواب، فهو أحب إلي؛ لأنه إن كان رجلاً، فالزيادة على ثلاثة لا يضره كما في حالة الحياة، فإن للرجل أن يلبس في حال حياته الزيادة على الثلاث، وإن كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاث ترك السنة، فإن السنة في كفن المرأة أن يكون خمسة أثواب؛ فكان أحوط الوجهين ما ذكرنا.

٢١٢٩١-وإن اجتمع جنازة الخنثى وجنازة الرجل وجنازة المرأة، فإنه يوضع الرجل المعروف مما يلي الإمام، والخنثى خلف الرجل والمرأة خلف الخنثى، أما يوضع الرجل المعروف مما يلي الإمام: فلأنه رجل من كل وجه، والخنثى يجوز أن يكون رجلاً، ويجوز أن يكون امرأة، ولاشك أن من يكون رجلاً بتعين، فهو أفضل ممن يجوز أن يكون رجلاً، وأن يكون امرأة، وإن كان الرجل المعروف أفضل كان أولى أن يكون مما يلي الإمام الأفضل فالأفضل، قال عليه السلام: «ليليني منكم ذوي الأرحام والنهى»[1]، ثم يقدم الخنثى على المرأة المعروفة، فيوضع خلف الرجل؛ لأن الخنثى يجوز أن يكون رجلاً، ومن جاز أن يكون رجلاً، فهو أفضل ممن هي امرأة، ثم توضع المرأة، وفي الحقيقة هذا بناء اعتبار الوفاة بحال الحياة، فإن في حالة الحياة لو صلوا الجماعة يصطفون خلف الإمام هكذا، الرجل مما يلي الإمام والخناثى بعد الرجال والنسوة بعد الخناثى، فكذا بعد الوفاة.

٢١٢٩٢-وإن دفن في قبر واحد مع رجل الخنثى لحاجة أو عذر يقدم الرجل، ويجعل الخنثى بعده لجواز أنه امرأة، والمرأة تجعل خلف الرجل في اللحد إذا دفنا في قبر

---

(١) أخرجه ابن حبان في "صحيحه" ٥/٤٤٦ (٢١٧٢) والحاكم في "المستدرك" ١/٣٤٠ (٧٩٧) وأبو نعيم في "المسند المستخرج على صحيح مسلم" ٢/٥٥، ٥٦، ٦٠ (٩٦٤، ٩٦٦، ٩٧٥) والضياء في "الأحاديث المختارة" ٥/٢٩٠ (١٩٢٤) والترمذي في "سننه" ١/٤٤٠ تعليقاً في ترجمة الباب، وأبو عوانة في "مسنده" ٢/٤٢ والدارمي أيضاً في "سننه" ١/٣٣٤ (١٢٦٦) وابن ماجه في "سننه" ١/٣١٢ (٩٧٦) وابن أبي شيبة في "مصنفه" ١/٣٠٨ (٣٥٢٧) وعبد الرزاق أيضاً في "مصنفه" ٢/٥٥ (٢٤٣٠) والبيهقي في "الكبرى" ٣/٩٦ (٤٩٤١) وأحمد في "مسنده" ٤/١٢٢ (١٧١٤٣) والبزار في "مسنده" ٤/٣٤٧ (١٥٤٤).

واحد، ويجعل بينهما حاجز من الصعيد، وطريقه ما قلنا. وإذا دفن خنثى مع امرأة في قبر واحد، يقدم الخنثى، ويجعل المرأة خلفه لجواز أن الخنثى ذكر، ويجعل بينهما حاجز من الصعيد؛ لما قلنا، وحكم ميراثه مع التفريعات ذكرناه في كتاب الفرائض.

وأما القسم الذي تعلق بحال حياته فأنواع. نوع منه: يرجع إلى العبادات.

٢١٢٩٣ - قال محمد رحمه الله قلت: فهل يصلي بقناع أو بغير قناع؟ قال: أحب أن يصلي بقناع يريد به قبل البلوغ؛ لأن الخنثى قبل البلوغ صبي أو صبية، فإن كان صبي تجوز الصلاة بغير قناع، ولا يؤمر بالإعادة لا حتماً ولا استحباباً تخلقاً واعتباراً، وإن كانت صبية وهي مراهقة يجزئها الصلاة مكشوف الرأس؛ لأن ستر الرأس يسقط بعذر الرق قبل البلوغ، فيسقط بعذر الصبا أيضاً إلا أن المستحب لها ستر الرأس تخلقاً واعتباراً. فإن كان مشكلاً حاله كان له أن يصلي بقناعه.

٢١٢٩٤ - هذا إذا كان الخنثى مراهقاً غير بالغ، وإن كان بالغاً بأن بلغ بالسن، ولم يظهر فيه بشيء من علامات الرجال والنساء، لا يجزئه الصلاة بغير قناع إذا كان الخنثى حراً؛ لأنه يجوز أن يكون ذكراً، فيجزئه الصلاة، ويجوز أن يكون أنثى فلا يجزئها الصلاة بغير قناع؛ لأن الرأس من الحرة البالغة عورة، ولهذا قال عليه السلام: «لا يجوز صلاة حائض بغير خمار»[1]، والصلاة متى جازت من وجه، وفسدت من وجه يحكم بالفساد احتياطاً، فإنا جازت من وجه وفسدت من وجه أولى.

قال: فيقوم في صف الرجال أم في صف النساء؟ قال: تقوم قدام النساء وخلف الرجال؛ لأنه يجوز أن يكون الخنثى أنثى، فمتى قامت في صف الرجال، فإنها تفسد صلاة الرجال، ويجوز أن يكون ذكراً، فمتى قام في صف النساء، فإنه يفسد؛ لأنه نفسه صلاته، فقلنا: بأنه يقوم قدام النساء وخلف الرجال، حتى إن كانت امرأة، لا تفسد صلاة الرجال والنساء، وإن كان رجلاً لا تفسد صلاته متى قام في صف النساء.

٢١٢٩٥ - قال: فإن قام في صف النساء، فصلى، قال: أحب إلي أن يعيد؛ لأنه

---

(١) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه عقبه ١/٣٨٠ تعليقاً، وأبو داود في سننه ١/١٧٣ تعليقاً، وابن أبي شيبة في مصنفه ٢/٤٠ تعليقاً، وعبد الرزاق أيضاً في مصنفه ٣/١٣١ (٥٠٤٠) وذكره في المغني ٢/٢٤٣.

صبي أو صبية، فإن كانت صبية يجزئها صلاتها، ويجوز أن يكون صبيًا، فتفسد صلاته، فيؤمر بالإعادة استحبابًا تخلقًا وتعوّدًا، وإن لم يعد، فلا شيء عليه إن كان مراهقًا، وإن كان بالغًا، وإن كان مشكلا حاله، يلزم الإعادة حتمًا وإيجابًا، لأنه ذكر أو أنثى، فإن كان أنثى، لا يلزمها الإعادة، وإن كان ذكرًا، فكان عليه الإعادة، فيجب الإعادة احتياطًا.

قلت: فإن قام في صف الرجال، قال: صلاته تامة، ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه، أما صلاته تامة؛ لأن تيقنا بجواز صلاته؛ لأنه لا يخلو: إما أن يكون ذكرًا أو أنثى، وأي ذلك ما كان، فقيامه في صف الرجال لا يوجب فساد صلاته ويعيد من كان عن يمينه وعن يساره، ومن خلفه بحذائه؛ لأنه يجوز أن يكون أنثى، فيفسد صلاة من كان عن يمينها وعن يسارها، ومن كان خلفها بحذائها، وعليهم الإعادة، بالغًا كان الخنثى أم مراهقًا استحبابًا، وإن كان ذكرًا، لا يفسد صلاته، ولا يلزمهم الإعادة إلا أن الصلاة متى وجبت إعادتها من وجه، لم يجب من وجه وجب الإعادة احتياطًا، فإذا وجب من وجه، لم يجب من وجه أولى أن تجب الإعادة.

٢١٤٩٦- قال: ويجلس في صلاته كجلوس المرأة معناه أن يخرج رجليه من جانب، ويجلس بالتية على الأرض؛ لأن ذلك أقرب إلى الستر، ولأن الرجل يجوز له أن يقعد كذلك حالة العذر، واشتباه الحال أبين الأعذار، ولو أحرم بهذا الخنثى، وقد راهق ولم يبلغ، ولم يتبين أمره قال أبو يوسف رحمه الله: لا علم لي بلباسه؛ لأن الرجل في إحرامه يحرم عليه لبس المخيط، والمرأة في إحرامها يلزمها لبس المخيط، ويحرم عليها الاكتفاء بلبس الإزار والرداء، فإذا استوى الجانبان لا يمكن الترجيح لأحد الجانبين، بل يتوقف، فلذا قال: لا علم لي بلباسه، وقال محمد رحمه الله: إن لبس المخيط، كان أحب إلي لجواز أنها أنثى، فلا يحل لها كشف العورة، ولأن لبس المخيط للرجال جائز عند العذر، واشتباه أمره من أبلغ الأعذار، ولا شيء عليه في ذلك؛ لأنه لم يبلغ، وكفارة الإحرام بارتكاب المحظور لا يجب على غير البالغ عند الأعذار، ولا يحضر هذا الخنثى على رجل، ولا على امرأة، إذا كان مراهقًا لتوهم نظر الجنس إلى خلاف الجنس -والله أعلم-

نوع آخر

في بيان ما يكره وما لا يكره:

٢٦٦٩٧- قال: ويكره له أن يلبس الحلي، وأراد به بعد البلوغ بالسن إذا لم يظهر به علامة يستدل بها على كونه رجلا وامرأة؛ لأن قبل البلوغ لا يوصف فعله بالكراهة، وبعد البلوغ قد لا يظهر به علامة يستدل بها على كونه رجلا أو امرأة إلا بعد زمان إلى أن تظهر العلامة، فلذا يكره لبس الحلي، قال: ويكره له لبس الحرير أيضًا، والكلام فيه نظير الكلام في لبس الحلي، ثم الأصل في ذلك ما روي عن رسول الله ﷺ: «أنه خرج يومًا أخذ الذهب بيمينه والحرير بشماله، وقال: هذان محرمان على ذكور أمتي حل لإناثها»(1)، فإذا أباح اللبس شرط أنوثة اللابس، وهذا الشرط غير معلوم في حق الخنثى، توضيحه: أن ما تردد بين الحظر والإباحة يترجح معنى الحظر فيه، قال عليه السلام: «الحلال بين والحرام بين وبينهما متشابهات»(2)، «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»(3)، ولبس الحرير والحلي يريبه، وترك لبسهما لا يريبه تحقيقه؛ لأن الاجتناب عن الحرام فرض، والإقدام على المباح ليس بفرض، فكان الاحتياط في ترك لبس الحرير حتى لا يقع في الحرام إن كان رجلا.

٢٦٦٩٨- قال: وأكره له أن ينكشف قدام الرجال وقدام النساء، ومعناه أن يتجرد

(1) أخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده ١/٢٩٨ (٢٢٥٣)، والإمام محمد في كتاب الآثار ٢/٢٣٠ (١٠٢٠).

(2) أخرجه البخاري في صحيحه ١/٢٨ (٥٢) و٢/٧٢٣ (١٩٤٦)، ومسلم أيضًا في صحيحه ٣/١٢٢١ (١٧١٤)، وابن الجارود في المنتقى ١/١٤٤ (٥٥٥)، وابن حبان أيضًا في صحيحه ٢/٤٩٧ (٧٢١)، والترمذي في سننه ٣/٥١١ (١٢٠٥)، وأبو داود في سننه ٣/٢٤٣ (٣٣٢٩)، والنسائي في الكبرى ٣/٢٣٩، ٤/٨٦ (٥٢١١، ٥٢٠٥)، وفي المجتبى ٧/٢٤١ (٤٤٥٣)، وابن ماجه في سننه ٢/١٣١٨ (٣٩٨٤).

(3) أخرجه البخاري تعليقًا ٢/٧٢٤، وابن خزيمة في صحيحه ٤/٥٩ (٢٣٤٨)، وابن حبان أيضًا في صحيحه ٢/٤٩٨ (٧٢٢)، والحاكم في المستدرك ٢/١٦ (٢١٦٩)، والترمذي في سننه ٤/٦٦٨ (٢٥١٨)، والدارمي في سننه ٢/٣١٩ (٢٥٣٢)، والنسائي في سننه ٨/٣٢٧ (٥٧١١)، وفي الكبرى ٣/٤٤٩ (٥٢٢٠)، والطيالسي في مسنده ١/١٦٣ (١١٧٨)، وأبو يعلى في مسنده ١٢/١٣٢ (٦٧٦٢).

نفسه إذا كان قد راهق، أما قدام الرجال، فلأنه قبل البلوغ صبي أو صبية، فإن كانت صبية لا يحل للرجل أن ينظر إليها ما سوى وجهها وكفيها؛ لأن المراهقة من حيث إنها تشتهي كالبالغة فيما لا يحل النظر إليه من البالغة، فيكون لا يحل من المراهقة، ولا يحل للرجال الأجانب النظر إلى البالغة ما سوى وجهها وكفيها، فكذا من المراهقة، وإن كان صبيًا لا يحل لهم النظر إلى ما تحت سرتها إلى ركبتها، فكيف ما كان قد تبينا أنه لا ينبغي أن ينكشف قدام الرجال، وأما لا ينكشف قدام النساء؛ لأنه إن كان صبيًا لا يحل للنساء أن ينظرن إلى ما بين سرته إلى ركبته، فإن كان صبية، فكذلك لا يحل لها النظر إلى ما بين سرته إلى ركبته، ولهذا قال: لا ينكشف قدام النساء.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي في شرحه: هذه المسألة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل؛ لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل، لجاز للخنثى التكشف بين يدي النساء؛ لأنه ليس المراد من التكشف المذكور إبداء موضع العورة؛ لأن ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضًا، لكن المراد أن يكون في إزار واحد، قال رحمه الله: وفي هذا الفصل روايتان، بينهما في كتاب الاستحسان.

٢٤٢٩٩ - قال: قلت: وهل يكره أن يخلو به رجل أجنبي ليس بمحرم منه، أو يخلو هو بامرأة أجنبية ليست بمحرمة منه، قال: نعم؛ لأن الخنثى إن كان صبيًا كان خلوته بامرأة غير محرم منه كخلوة الأجنبي بالأجنبية، وإن كان صبية كان خلوة الرجل الأجنبي به كخلوة الأجنبي بالأجنبية، والمنع عن خلوة الأجنبي بالأجنبية لخوف الفتنة، والمراهق والمراهقة في حق هذا الخوف على السواء، فحالة التيقن بالذكورة أو الأنوثة إذا كان المنع ثابتًا بيقين أثبتنا الكراهة حالة الإشكال لانحطاط رتبة حالة الإشكال عن حالة التيقن، ولا بأس أن يخلو بالخنثى رجل هو محرم من الخنثى أو يخلو الخنثى بامرأة هي محرمة منه، أما إذا خلا بالخنثى رجل محرم منه فلا بأس به؛ لأن الخنثى ذكر أو أنثى، فإن كان ذكرًا، فهذا خلوة رجل محرم برجل محرم، وإنه لا بأس به، وإن كان الخنثى امرأة كانت خلوة رجل محرم بامرأة محرمة، فكيف ما كان إذا خلى بالخنثى محرم لا يكون به بأس، وكذلك الخنثى خلا بامرأة وهي محرمة منها؛ لأن الخنثى رجل وامرأة، فإن كان رجلًا، فهذا محرم خلي بامرأة محرمة، وإن كانت أنثى، فهذا خلوة امرأة بامرأة محرمة.

٢٦٣٠٠ - قلت: أرأيت هذا الخنثى، هل يكره له أن يسافر مع امرأة هي محرمة؟ يجوز أن يكون الخنثى امرأة، ومتى كانت امرأة فهما امرأتان محرمتان سافرتا، وإنه لا يحل إذا كانتا امرأتين بيقين، فإذا كانتا مشكل الحال كره، ولا تسافر الخنثى بامرأة هي غير محرمة منه؛ لأنه يجوز أن يكون الخنثى رجلاً، فيكون في هذا مسافرة أجنبية، وإنه لا يحل إذا كانتا معلومي الحال، فإذا كانا مشكل الحال كره، ولا بأس بأن يسافر الخنثى مع محرم من الرجال ثلاثة أيام ولياليها، وهذا ظاهر.

٢٦٣٠١ - قلت: أرأيت هذا الخنثى، هل يختنه رجل أو امرأة، فهذا على وجهين: إما أن يكون مراهقاً أو غير مراهق، فإن كان غير مراهق، فإنه لا بأس بأن يختنه رجل أو امرأة؛ لأن الخنثى صبي أو صبية، فإن كان صبياً، فلا بأس للرجل أن يختنه، وإن كان مراهقاً يشتهي، فإذا كان غير مراهق، ولا يشتهي أولى، وإن كانت صبية، فلا بأس للرجل أن يختنه، وإذا كانت غير مراهقة؛ لأنه لا تشتهي، وسبب الشهوة يحرم النظر إلى الفرج، ولا بأس للمرأة أن تختنها؛ لأنه صبي وصبية، فإن كانت صبية، فلا بأس للمرأة أن تختنها إذا كانت مراهقة تشتهي، فإذا كانت غير مراهقة وهي لا تشتهي أولى، وإن كان صبياً فكذلك؛ لأنه لا يشتهي، وسبب الشهوة يحرم للمرأة النظر إلى الفرج الأجنبي.

وإن كان مراهقاً، فإنه لا يختنه رجل ولا امرأة، أما لا يختنه رجل لجواز أن يكون صبية، فلا يباح للرجل أن يختنها، وينظر إلى فرجها؛ لأنها مراهقة، والمراهقة من تشتهي، فكانت كالبالغة فلا يختنها، فكذلك هذا، ولا تختنه امرأة لجواز أن يكون صبياً مراهقاً، فلا يحل للمرأة الأجنبية أن تختنه، وينظر إلى فرجه كالبالغة، ولكن الحيلة في ذلك ما ذكره محمد رحمه الله: أن الخنثى إذا كان موسراً، فإن الولي يشتري له جارية عالمة بأمر الختان حتى تختنه، فإن اختتنته، باعها الولي بعد ذلك، وإن كان معسراً اشترى الأب جارية من ماله حتى تختنه؛ لأنه متى اشترى الولي جارية للخنثى، فإنه يملكها الخنثى، وإذا ملكها نقول: إن كان الخنثى ذكراً، فهذا نظر المملوكة إلى مالكها، وإن كان أنثى، فهذا نظر الجنس إلى الجنس، وإنه مباح حالة الضرورة، وإن كان أبوه معسراً أيضاً، فإن الإمام يشتري له جارية من بيت المال؛ لأن هذه نائبة وقعت للمسلمين، وبيت مال المسلمين لنوائب المسلمين، فإذا اختتنت الجارية باعها الإمام، ورد ثمنها إلى مال بيت

إلى حقها في الجماع، بل يؤجل، فلهذا لم يقل: ذلك -والله أعلم-.

نوع آخر

في مسائل النكاح:

٢١٣٠٦- لو زوج الأب هذا الخنثى امرأة قبل بلوغه أو زوجه من رجل قبل بلوغه، فالنكاح موقوف، لا ينفذه، ولا يبطله، ولا يتوارثان حتى يتبين أمر الخنثى، أما إذا زوج الخنثى امرأة: فلأنه إن كان يصح النكاح، فإن كانت صبية فلا يصح؛ لأنه صبية، وإذا زوجه من رجل، فلأن الخنثى إن كانت صبية يصح النكاح، وإن كان ذكرًا لا يصح؛ لأنه ذكر زوج من ذكر، فإذا كان مشكل الحال لم يحكم بنفاذه، ولا ببطلانه، بل قلنا: بالتوقف، ولا يتوارثان؛ لأن التوارث حكم النكاح النافذ لا حكم النكاح الموقوف.

فإن زوجه الأب امرأة وبلغ وظهر علامات الرجال، وحكم بجواز النكاح إلا أنه لم يصل إليها، فإنه يؤجل سنة كما يؤجل غيره ممن لا يصل إلى امرأته، قلت: أرأيت هذا الخنثى المشكل المراهق، وخنثى مثله مشكل زوج أحدهما صاحبه على أن أحدهما رجل، والآخر امرأة، قال: إذا علم أن كل واحد منهما مشكل، فإن النكاح يكون موقوفًا إلى أن يستبين حالهما لجواز أنهما ذكران، فيكون هذا ذكر تزوج بذكر، فيكون النكاح باطلا، وكذلك يجوز أن يكونا أنثيين، فيكون النكاح باطلا، ويجوز أن يكون أحدهما ذكرًا، والآخر أنثى، فيكون النكاح جائزًا، فإذا كان مشكلا لا يدري حالهما يكون النكاح موقوفًا إلى أن يستبين حالهما، فإن تبين أنهما ذكران أو أنثيان كان النكاح باطلا، وإن تبين أحدهما ذكر، والآخر أنثى، كان النكاح جائزًا؛ لأنه ذكر تزوج أنثى، فإن مات أحدهما، أو ماتا قبل أن يزول الإشكال لم يتوارثا؛ لأنه قبل التبين النكاح موقوف، والنكاح الموقوف لا يستفاد الإرث.

قلت: أرأيت إن مات بعد الأبوين، وأقام كل واحد من ورثتهما البينة أنه هو الزوج، وأن الآخر هو الزوجة، قال: لا أقضي بشيء من ذلك؛ لأن العمل بهما أو بأحدهما متعذر؛ لأنه لا رجحان لأحدهما على الآخر في الإثبات، فيبطلان جميعًا كما في مسألة مكة والكوفة، فإن جاءت إحدى البينتين قبل الأخرى، وقضيت بها، ثم جاءت

البينة الأخرى فإن نقضت البينة الأخرى، والقضاء الأول ماض على حاله، كما في مسألة نكاح مكتوبة. ولو أن رجلا قبّل هذا الخنثى من شهوة لم يسع لهذا الرجل أن يتزوج أمه حتى يتبين أمره؛ لأن الخنثى إن كان أنثى لا يحل له أن يتزوج أمها، وإن كان ذكرا حل له أن يتزوج أمها، فإذا كان مشكلا، قلنا: لا يتزوج أمها حتى يزول الإشكال - والله أعلم -

نوع آخر

في الحدود والقصاص:

٢٣٠٣ - ولو أن رجلا قذف هذا الخنثى المشكل قبل البلوغ، أو قذف الخنثى رجلا، فلا حد على القاذف، أما إذا كان القاذف هو الخنثى فلأنه مرفوع القلم؛ لأنه صبي أو صبية، وأما إذا كان القاذف رجلا آخر فلأنه قذف غير المحصن؛ لأن البلوغ من إحدى شرائط إحصان القذف كالإسلام، وقاذف غير المحصن لا يوجب الحد على القاذف، فإن كان القذف بعد بلوغ الخنثى بالسن، ولكن قبل أن يظهر علامة يستدل به على كونه ذكرا أو أنثى، فقذف الخنثى رجلا، أو قذفه رجل

قال في الكتاب: هذا والأول سواء، قال مشايخنا: أراد بهذه التسوية في حق القاذف للخنثى، فإنه لا حد على قاذف الخنثى، لا قبل البلوغ ولا بعد البلوغ، إذا كان حاله بعد البلوغ مشكلا، وهذا لأن الخنثى وإن صار محصنا بالبلوغ إلا أنه لم يظهر عليه علامة الأنوثة أو الذكورة، فيجوز أن يكون رجلا، وأن يكون امرأة، وإن كان رجلا فهو بمنزلة المجبوب، وإن كان امرأة، فهو بمنزلة المرأة الرتقاء؛ لأنها لا تجامع كالرتقاء، ومن قذف رجلا مجبوبا أو امرأة رتقاء، لا حد عليه، عرف ذلك في موضعه. أما لم يرد بهذه التسوية فيما إذا كان الخنثى هو القاذف، فقذف رجلا قبل البلوغ لا حد عليه؛ لأنه مجبوب بالغ أو رتقاء بالغة، والمجبوب البالغ والرتقاء البالغة إذا قذف إنسانا لا يجب عليه الحد.

٢٣٠٤ - قلت: أرأيت إن سرق بعد ما يدرك؟ قال: عليه القطع؛ لأنه رجل مكلف أو امرأة مكلفة، والرجل والمرأة المكلفة إذا سرق ما يساوي عشرة من حرز، فقطع

يد السارق؛ لأنه رجل أم مرأة، وأي ذلك ما كان، فإن على السارق منع القطع.

٢٦٣٠٥ - قلت: أرأيت هذا الخنثى إن قطع رجل وامرأة يده قبل أن يبلغ، أو تستبين أمره إن كان رجلا، فلا قصاص عليه؛ لأنه يجوز أن يكون المقطوعة يده وهو الخنثى امرأة، ويد الرجل لا تقطع بيد المرأة، ويجوز أن يكون رجلا، فتقطع يده، فلا تقطع بالشك، وإن كانت القاطعة ليد الخنثى امرأة، فلا يجوز أن يكون الخنثى رجلا، فهذه امرأة قطعت يد الرجل، ويد المرأة لا تقطع بيد الرجل، فيبقى الشك في وجوب القصاص على قاطعه، فلا قصاص عليه، وهذا بخلاف ما لو قتل هذا الخنثى رجلا أو امرأة عمدًا، كان عليه القصاص؛ لأنا تيقنا بوجوب القصاص على قاتله؛ لأن الخنثى ذكر أو أنثى، وأي ذلك ما كان، فإنه يقتضي قاتله، فقد تيقنا موجوب القصاص على قاتله في النفس فأوجبنا، فأما فيما دون النفس يقع الشك في وجوبه، فلا نوجبه بالشك.

٢٦٣٠٦ - قلت: أرأيت إن قطع هذا الخنثى يد رجل أو امرأة قال: على عاقلته أرش ذلك، ولا قصاص عليه صغيرًا كان أو بالغًا بلغ بالسن، ولم يتبين أمره بعد، إن كان صغيرًا، فلوجهين: أحدهما: أنه صغير، والصغير لا يجري عليه القلم، فلا يجب عليه القصاص، والثاني: أنه وقع الشك في وجوب القصاص عليه، أما إذا كان المقطوع يده رجلا؛ لأنه يجوز أن يكون الخنثى رجلا، فتقطع يده، ويجوز أن يكون امرأة، فلا يقطع، فلا يقع الشك في القصاص، وأما إذا كانت المقطوعة يده امرأة، فكذلك أيضًا يقع الشك في وجوب القصاص على الخنثى؛ لأنه يجوز أن يكون هو امرأة فتقطع، وأن يكون رجلا، فلا تقطع، فيقع الشك في وجوبه، فلا يقطع يده بالشك، فمتى كان الخنثى صغيرًا لا قصاص عليه لعلتين، وإذا كان بالغًا، فلعلة واحدة، وهو الشك في وجوب القصاص، ويجب الدية على عاقلته، إذا كان الخنثى لم يدركه بعد؛ لأنه صبي أو صبية، والصبي والصبية إذا قطع واحد منهما يد إنسان وجب على عاقلته أرش ذلك؛ لأن عمده وخطأه سواء، فقد تيقنا بوجوب الأرش على عاقلته صبيًا كان أو صبية، وبعد البلوغ إذا قطع يد إنسان قبل أن يستبين أمره عمدًا، فإنه يجب الأرش في ماله؛ لأنا تيقنا بوجوب الأرش في ماله رجلا كان أو امرأة إذا كانت الجناية عمدًا، والأصل في ذلك ما

روي عن النبي ﷺ أنه قال : «لا يعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً [ولا اعترافاً](١) ولا ما دون أرش الموضحة»(٢).

٢١٣٠٧ - قلت : هذا الخنثى إن فرض في المقاتلة ، قال : لا يجوز حتى يدرك ، ويستبين أمره ؛ لأنه إنما يفرض لمقاتلة البالغين من الرجال ، وهذا ليس ببالغ ولا رجل ؛ لأنه لا يدري أنه رجل أم امرأة ، فلا يفرض له ؛ لأنه إنما يفرض لمن عليه القتال ، ولا قتال على الصبي والصبية ، وإن شهد معنا ، فإنه يرضخ له ، ولا يسهم له ؛ لأنه إنما يسهم للمقاتل البالغ ، وهذا ليس ببالغ ، فلا يفرض له .

٢١٣٠٨ - قلت : فإن أخذ أسيراً في أرض العدو ، قال : لا تقتل قبل البلوغ وبعد البلوغ حتى يستبين أمره ؛ لأنه قبل البلوغ صبي أو صبية ، والصبي والصبية متى أخذا أسيراً ، فإنه لا يقتل وبعد البلوغ رجلاً وامرأة ، فإن كان رجلاً حل قتله ، وإن كان امرأة لا يحل .

٢١٣٠٩ - قلت : فإن ارتد عن الإسلام قبل أن يدرك أو بعده لا يقتل عندهم جميعاً ، أما قبل البلوغ : فلأنه صبي أو صبية ، وردة الصبي والصبية لا يصح عند أبي يوسف رحمه الله ، وعند أبي حنيفة رحمه الله : إن كان يصح ردة الصبي العاقل والصبية العاقلة إلا أنه لا يقتل على الردة عندهما ، وبعد البلوغ وإن صحت ردته بالإجماع ؛ لأنه رجل وامرأة إن كان رجلاً يحل قتله لا يحل إن كان امرأة ، فلا يحل بالشك .

قلت : فإن كان من أهل الذمة قال : لا يوضع عليه الجزية حتى يدرك ، ويستبين أمره ؛ لأنه قبل البلوغ صبي أو صبية ، والصبي والصبية من أهل الذمة لا يؤخذ منه الجزية ، وبعد البلوغ قبل أن يستبين أمره ، فكذلك أيضاً لا يوضع عليه الجزية ؛ لأنه لا يدري أنه رجل أو امرأة ، قلت : وهل يدخل في القسامة؟ قال : لا يدخل فيها قبل البلوغ وبعده ، قبل البلوغ صبي أو صبية والصبي والصبية لا يدخل فيها ، وبعده رجل وامرأة ، فإن الرجل إن كان يدخل فيها ، فالمرأة لا تدخل ، فلا يدخل بالشك .

(١) هكذا في ب .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ٨/١٠٤ (١٦٦٣٨) ، والدارقطني في سننه ٣/١٧٨ (٢٧٦) . وذكره الزرقاني في شرحه ٤/٢٣٧ ، والحافظ ابن حجر في الدراية ٢/٢٨٠ وفي التلخيص الحبير ٤/٣١ .

نوع آخر

في الطلاق:

٢١٣١٠ - أرأيت: رجل حلف بطلاق امرأته، فقال لامرأته: إن كان أول ولد تلديه غلامًا، فأنت طالق، أو قال لأمة: إن كان الولد تلديه غلامًا، فأنت حرة، فولدت هذا الخنثى المشكل، قال: لا تطلق امرأته، ولا تعتق أمته في قول أبي حنيفة رحمه الله حتى يتبين أمره؛ لأنه وقع الشك في وقوع الطلاق والعتاق؛ لأن الخنثى يجوز أن يكون غلامًا، ويجوز أن يكون جارية، فيقع الشك في وقوع الطلاق والعتاق، فلا يقع واحد منهما بالشك؛ فإن ظهر بعد ذلك أنه غلام طلقت المرأة وعتق العبد؛ لأنا تيقنا بشرط وقوع الطلاق والعتاق، فإن ظهر أنها جارية لا تعتق ولا تطلق؛ لأنا تيقنا أن شرط الطلاق والعتاق لم يوجد.

٢١٣١١ - قلت: أرأيت: رجل قال: كل عبد لي حر، وله خنثى مشكل أمره، فكذا لا يعتق مع العبد؛ لأنه لا يدري أنه عبد أو أمة، فلا يعتق بالشك، وكذلك إن قال: كل أمة لي حرة، فإنه لا يعتق هذا الخنثى لجواز أن يكون عبدًا لا أمة، وإن قال قولين جميعًا: تعتق؛ لأنا تيقنا، فيكون داخلا تحت اليمين لا محالة، فيعتق، قلت: أرأيت رجلا قال: إن ملكت عبدًا، فامرأتي طالق، فاشترى هذا الخنثى لا تطلق امرأته لجواز أن يكون أمة، فلا يتيقن بشرط وقوع الطلاق، وإن قال: كلا القولين، ثم اشترى مثل هذا الخنثى تطلق امرأته؛ لأنا تيقنا بشرط وقوع الطلاق لا محالة فإنه عبد أو أمة.

نوع آخر

في إقرار الخنثى أنه ذكر أو أنثى وفي إقرار أبيه ووصيه بذلك:

٢١٣١٢ - قال: أرأيت إن قال هذا الخنثى المشكل: أنا ذكر، أو قال: أنا أنثى، قال: لا تقبل قوله، وقيل: يقبل قوله، وقيل: إن يعلم أنه مشكل إذ قال: إنه ذكر أو أنثى، فالقول قوله، وهذا لأن الإنسان أمين في حق نفسه، والقول قول الأمين ما لم

يعرف خلاف ما قال، ألا ترى أن المعتدة إذا قالت: انقضت عدتي، وأنكر الزوج كان القول قولها ما لم يعرف خلاف قولها: بأن قالت: ذلك في مدة لا ينقضي في مثلها العدة، ومتى لم يعرف كونه مشكلا لا يعرف خلاف ما قال، تصدق فيما قال، ومتى عرف كونه مشكلا، فقد عرف خلاف ما قال، وعرف أنه مجاز في مقالته، فإنه لم يعرف من نفسه إذا كان مشكلا إلا ما نعرفه نحن.

٢١٣١٣- قال: أرأيت هذا الخنثى إن كان أبوه حي، فقال: هو غلام ولا يعرف ذلك إلا بقوله، فالقول قوله، وكذلك لو قال: هو جارية، فالقول قوله ما لم يعرف أنه مشكل الحال؛ لأن الأب أمين في حق ولده كالخنثى في حق نفسه، والخنثى إذا قال: أنا ذكر كان القول قوله ما لم يعرف خلاف ذلك بأن لم يعرف كونه مشكلا، فكذا الأب، وكان بمنزلة المعتدة إذا قالت: انقضت عدتي كان القول قولها ما لم يعرف خلاف ذلك، فكذا هذا، فأما إذا عرف كونه مشكلا الحال، فإنه لا يصدق الأب فيما يقول: إنه ذكر أو أنثى؛ لأنه عرف خلاف ما قالوا، وكان بمنزلة المعتدة إذا قالت: انقضت عدتي في مدة لا تنقضي في مثلها العدة.

٢١٣١٤- قال: قلت: أرأيت إن كان هذا الخنثى قد راهق، وليس له أب وله وصي، فأقر وصيه أنه جارية أو غلام، قال: القول قوله إذا لم يكن الخنثى مشكلا، فأما إذا كان مشكل الحال، وقد عرف ذلك، فإنه لا يصدق الوصي في ذلك؛ لأن الوصي قائم مقام الأب، والأب لو أقر أن الخنثى جارية أو غلام صدق في ذلك، إذا لم يكن مشكل الحال، وإذا كان مشكل الحال لم يصدق لما بينا، فكذا الوصي الذي هو قائم مقامه.

نوع آخر

في الاختلاف الواقع في حال الخنثى والدعاوى في ذلك وإقامة البينة عليها

٢١٣١٥- قال قلت: أرأيت إن قتل الخنثى خطأ، قبل أن يستبين أمره، قال: القول في ذلك قول القاتل: إنه ذكر أو أنثى، إن كانت الدية تجب على القاتل بأن لم يكن له عاقلة، وإن كانت له عاقلة، فالقول قول العاقلة، فإن قالوا: إنه ذكر فالقول قولهم،

وجبت عليهم دية الذكر، وإن قالوا: إنه أنثى، وورثة الخنثى ادعوا أنه كان ذكرًا، فالقول قول القاتل والعاقلة، وعليهم دية امرأة، وعلى ورثة الخنثى البينة أنه كان ذكرًا؛ لأنهم يدعون على القاتل والعاقلة زيادة خمسة آلاف درهم، والقاتل والعاقلة ينكرون ذلك، فيقضى عليهم بدية الأنثى، ويتوقف الفضل إلى أن يستبين أمره أنه ذكر أم أنثى، وهذا لأنا تيقنا بوجوب دية الجارية، وشككنا في الزيادة على دية الجارية التي تمام دية الذكر، فلا نوجبها بالشك ما لم يعلم أنه كان ذكرًا.

٢٠٤١٦ - قال: رجل مات، وترك ابنًا وامرأته، وترك ولدًا من هذه المرأة خنثى مشكل، ثم مات الخنثى بعد موت أبيه، فلو ادعت أم الخنثى أنه كان غلامًا، وأنه كان ورث من أبيه نصف المال بعد الثمن؛ لأنه مات، فترك ابنين وامرأة، ثم مات الخنثى، فورثت ثلث ذلك النصف؛ لأن الخنثى مات، وترك أمًا وأخًا، وقال ابن الميت وهو أخ الخنثى: لا، بل كان الخنثى جارية، وورث الخنثى من أبيه ثلث ما بقي، ثم مات، فورثت الأم ثلث ذلك الثلث، قال: فالقول قول أخي الخنثى، وذلك لأن سبب استحقاق الزيادة للخنثى الذي تدعيه الأم، وهي الذكورة غير ظاهر، وسبب استحقاق الأخ ما يدعي من الزيادة ظاهر، وأبدًا يجعل القول قول من يشهد له الظاهر، وعلى الذي يدعي خلاف الظاهر البينة، وصار من هذا الوجه، الخارج وذو اليد إذا تنازعا في ملك مطلق، ولا بينة لهما، فالقول قول ذي اليد، وعلى الخارج البينة؛ لأن ما يدعيه ذو اليد ثابت له من حيث الظاهر، فإن ظاهر اليد يدل على الملك، وما يدعيه الخارج من الملك غير ظاهر له، فجعلنا القول قول ذي اليد مع اليمين، وجعلنا على الخارج البينة، فكذلك ههنا إلا أن الأخ يستحلف على العلم بالله ما يعلم أنه كان ذكرًا؛ لأنه يستحلف على فعل غيره.

وإن أقامت الأم البينة أنه كان يبول من مبال الرجال، ولا يبول من مبال النساء، فإنه يورث من أبيه ميراث الغلام النصف بعد الثمن، ثم ترث الأم ثلث ذلك النصف من الخنثى؛ لأنها أثبتت ذكورة الخنثى، وزيادة الميراث تنبني[1] على ذكورة الخنثى، وأثبتت بالبينة، والثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة، ولو عاينا أن الخنثى كان غلامًا له نصف

(١) هكذا في الأصل، والجملة غير واضحة في جميع النسخ.

ميراث الأب بعد الثمن، وللأم ثلث ذلك الثلث إذا مات بعد ذلك، فكذلك هنا، وكان كالخارج إذا انفرد بإقامة البينة، فإنه يقضى له؛ لأنه أثبت ما ادعى بالبينة.

فإن أقام الابن وهو أخو الخنثى بينة أن الخنثى كان يبول من مبال النساء، ولا يبول من مبال الرجال، وإنها ورثت الثلث من الأب بعد الثمن، وللأم الخنثى ثلث ذلك الثلث لما مات الخنثى ذكر أن بينة الأم أولى، وذلك لأن العمل بالبينتين متعذر لما فيه من التنافي، فإن الشخص الواحد لا يكون ذكراً وأنثى، ومتى تعذر العمل بالبينتين، يجب العمل بأكثرهما إثباتاً كما في الخارج وذي اليد متى أقام البينة على ملك مطلق، قلنا: بينة الخارج؛ لأنه أكثر إثباتاً، فكانت أولى بالقبول.

قلت: أرأيت إن أقام رجل البينة أن أب الخنثى كان زوجها منه على ألف درهم، فطلب ميراثها، وصدقه الابن، وكذبه الأم ولم تقم الأم بينة على ما ادعت، فإنه تقبل بينة الزوج، ويحمل عليه المهر، ويورث من الخنثى ميراث الزوج، ويورث أم الخنثى وأخو الخنثى من الصداق الذي قضينا على الزوج، ومما ترك الخنثى، وذلك لأن الزوج ادعى أمراً محتملاً، وأثبت ما ادعى بالبينة، ولم تعارض بينته بينة أخرى، فوجب القضاء ببينته، فإن أقام الأم بينة على ما ادعى أنه كان يبول من مبال الرجال، ويبول من مبال النساء، وأقام الزوج أنها كانت أنثى، وتبول من مبال النساء لا من مبال الرجال ذكر أن البينة بينة الزوج، وذلك لأن العمل بالبينتين متعذر، فلا بد من العمل بأحدهما ورد الآخر، فكانت بينة الأم أولى بالرد؛ لأنها أكثر نفياً، فإن بينة الأم تنفي ميراث الزوج أصلاً، وبينة الزوج لا تنفي ميراث الأم أصلاً، بل يثبت أن الخنثى ورث الثلث من أبيه بعد الثمن، ثم مات، فورثت الأم من الخنثى ثلث ذلك الثلث، قلنا: إن الخنثى كان ذكراً، أو إن النكاح لم يصح، فبينة الأم تنفي النكاح وميراث الزوج أصلاً، وبينة الزوج لا تنفي ميراث الأم أصلاً، وكانت بينة الأم أكثر نفياً، وكان أولى بالرد، وكذلك لو أقام أخ الخنثى البينة أنه كان يبول من مبال الرجال، ولم يكن يبول من مبال النساء، وأقام الزوج البينة أنه كان يبول من مبال النساء لا من مبال الرجال كان بينة الأخ أولى بالرد؛ لأن بينة الأخ أكثر نفياً من بينة الزوج، فكان بينة الأخ أولى بالرد.

قلت: أرأيت هذا الخنثى المشكل الذي مات وهو صغير إن أقامت امرأة البينة أن

أباها زوجها في حياته وأمهرها ألف درهم، بأنه كان غلامًا يبول من حيث يبول الغلام، ولم يكن يبول من حيث يبول النساء، وصدقتها الأم، وكذبها الأخ ابن الميت، قال: آخذ بينة المرأة، وأجعله غلامًا، وأجعل صداقها في ميراثه، وأورثها منه الربع، وأورث أمه منه الثلث، وأجعل ميراثه من أبيه ميراث غلام، وذلك لأنها ادعت نكاحًا وميراثًا وصداقًا في تركة زوجها، وأثبتته بالبينة، ولم يعارضها بينة أخرى، فوجب القضاء ببينتها.

قلت: فإن أقام الأخ ابن الميت البينة أنه كان جارية تبول من حيث تبول الجارية، قال: لا أقبل بينته على ذلك، وأقضي ببينة المرأة، وذلك لأن بينة المرأة أكثر إثباتًا، فإنها تثبت ذكورة الخنثى، وميراث المرأة من الخنثى والنكاح والصداق، وبدفعه بينة الأخ، فكان بينة المرأة أكثر إثباتًا، وبينة الأخ أكثر نفيًا، فكان أولى بالرد.

قلت: أرأيت إن أقام الزوج الذي ذكرنا في المسألة التي قبلها البينة على ما ذكرنا أن أباه زوجها إياه، وكان يبول من مبال النساء، وأقامت المرأة البينة على ما ذكرنا، قال: آخذ بينة المرأة؛ لأن العمل بالبينتين متعذر؛ لما فيه من التنافي، فإن الشخص الواحد لا يكون ذكرًا وأنثى، فيجب العمل بأكثرهما إثباتًا؛ لأنها تثبت ذكورة الخنثى والنكاح والصداق في ماله والميراث، وبينة الزوج تثبت أنوثة الخنثى والنكاح والميراث، فأما الصداق للخنثى ثابت بإقراره لا بالبينة، فكانت بينة المرأة أكثر إثباتًا، فكان أولى بالقبول.

٢١٢١٧ - وهذا إذا جاءا معًا، فأما إذا أقام الزوج البينة أولًا، وقضى القاضي بذلك، ثم أقامت المرأة البينة، فإنه لا تقبل بينتها، ويترجح الأولى بالقضاء كما في مسألة كوفة ومكة إذا جاءا معًا لا تقبل؛ لأن أحدهما كاذبة لا محالة، والأخرى صادقة، ولا يدرى الكاذبة من الصادقة، واستويا في الإثبات، فتهاترا جميعًا، ولو كان قضى القاضي بأحدهما، لا تقبل بينة الأخرى بعد ذلك، ويترجح الأولى بالقضاء؛ لأن قضاء القاضي بالأولى نفذ من حيث الظاهر ووقع الشك في نقضه إن كانت الثانية صادقة، يجب نقض القضاء، وإن كانت كاذبة، لا يجب النقض، فلا ينقض بالشك، وفي الابتداء متى جاءا معًا يقع الشك في وجوب القضاء بكل واحد منهما لجواز أنها صادقة أو كاذبة، فلا يجب القضاء بالشك، فكذلك هنا.

لأنه يصير جامعًا بين الأختين نكاحًا، والجمع بينهما نكاحًا متعذر، ولا وجه إلى أن يقضي بنكاح أحدهما لا بعينه؛ لأن المنكوحة تكون مجهولة، ولا نكاح واحدة بعينها؛ لأن إحداهما بعينها ليست بأولى من الأخرى، ولما تعذر القضاء بهما، وبأحدهما جميعًا، فكذا في مسألتنا القضاء بالبينتين، وبأحدهما متعذر حال حياة الخنثى؛ لأن استبانة موقع الشرع فيه بالمشاهدة مرجو حال الحياة وبعد الوفاة زال هذا الرجاء، فأمكن العمل بأسبقهما وقتًا، فكذلك هذا، فهذا وجه الاستشهاد.

لأنه قلت: أرأيت خنثى مات بعد ابنه وهو مراهق أقام رجل البينة أن أباه زوجه إياه على هذا الوصيف، وأمره بدفعه إليه، وأنه كان يبول من حيث يبول النساء، ولا يبول من حيث يبول الرجال، وأنه طلقها في حياته قبل أن يدخل بها، فوجب لها نصف هذا العبد، وأقامت امرأة بينة أن أباه زوجها إياه في حياته على ألف درهم، وأنه كان يبول من حيث يبول الغلام، ولم يكن يبول من حيث يبول النساء، فهذا على وجهين: إما أن جاءت البينتان معًا أو متعاقبًا، فإن جاءتا معًا، فلا يخلو: إما أن لم يوقتا، أو وقتا، ووقتهما على السواء، تهاترت البينتان جميعًا؛ لأنه تعذر القضاء بهما جميعًا؛ لما فيه من التنافي، فإن الشخص الواحد لا يكون رجلا وامرأة، وتعذر القضاء بإحداهما؛ لأنهما استويا في الإثبات لا رجحان لإحداهما على الأخرى في الإثبات، فإن بينة الرجل أثبت كون الخنثى جارية والنكاح ونصف الصداق، وبينة المرأة أثبت مثل ذلك، فإنهما أثبت كون الخنثى رجلا والنكاح والصداق، ولما استويا في الإثبات، لم يكن إحداهما بالعمل أولى من الأخرى، وتعذر العمل بهما جميعًا، وكان بمنزلة مسألة مكة وكوفة إذا جاءا معًا مباشرًا، فكذلك هذا؛ وهذا بخلاف ما لو لم يدع الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول، وإنما ادعى النكاح على الخنثى لا غير، وباقي المسألة بحالها، ذكر أن بينة المرأة أولى، وإن جاءتا معًا؛ لأنه أمكن القضاء ببينة المرأة هناك؛ لأنها أكثر إثباتًا من بينة الرجل، فإنها أثبتت النكاح والميراث، وكون الخنثى امرأة لا غير، فكان في بينة المرأة زيادة وإثبات، وأمكن العمل بها لما تعذر العمل بهما جميعًا، فأما في مسألتنا هذه تعذر العمل بهما، وبإحداهما[1] بعينه؛ لأن كل واحد منهما في الإثبات مثل صاحبتها.

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وب وم: بأحدهما.

السواء، فإنه يتهاتر البينتان جميعاً ؛ لأنه تعذر القضاء بهما، وبإحداهما بعينه كأن كل واحدة منهما في الإثبات مثل الأخرى ؛ لما تعذر القضاء بهما وبإحداهما بعينه تهاترتا كما في مسألة مكة وكوفة .

فإن قيل : كان ينبغي أن تكون بينة المرأة أولى ؛ لأنها تثبت الصداق كما ذكر فيما تقدم، وهو ما إذا لم يكن مع الدعوتين من الرجل والمرأة دعوى الولادة، جعل بينة المرأة أولى ، قال : تثبت الميراث والصداق جميعاً ، وبينة الرجل تثبت الميراث، فكانت بينة المرأة أولى .

والجواب عنه : أن في مسألة المتقدمة إنما ترجح بينة المرأة بسبب الصداق ؛ لأنها ادعت الصداق، وأقامت البينة على ذلك، فصار بينتها بسبب الصداق أكثر إثباتاً من بينة الرجل ، فصارت أولى بالقبول ؛ فأما في مسألة الولادة فلم يذكر دعوى الصداق من جهة المرأة كأنها استوفت ، وأبرأت زوجها، إنما ادعت النكاح والولادة والرجل أثبت مثل ذلك، فكانت بينتها في الإثبات مثل بينة الزوج ، وإذا استويا في الإثبات يتعذر القضاء بهما وبإحداهما بعينه ، فتهاترت البينتان جميعاً، فإن أقامت إحدى هاتين البينتين، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم جاءت البينة الأخرى بعد ذلك قال: لا أقبل البينة الثانية ؛ لأن قضاء القاضي بالأولى نفذ من حيث الظاهر، فلا تقبل البينة على ما ينقضه بعد ذلك، كما في مسألة مكة وكوفة .

قلت : أرأيت لو جاء هاتان البينتان على ما وصفت لك، وليس في ذلك ولد وجاءت البينتان إحداهما قبل الأخرى إن قضى القاضي بالأولى لا تقبل الثانية كما بينا في مسألة مكة وكوفة ، وإن لم يقض بالأولى حتى جاءت الثانية، فإن وقتا أو وقت أحدهما أسبق، فإنه يقضي بالسابق ، وإن كان وقتهما واحداً، أبطلت ذلك كله ، وكان يجب أن تكون بينة المرأة أولى بسبب الصداق ، كما في المسألة المتقدمة هذه، وتلك سواء إذا لم يكن منهما دعوى الولادة إلا أن الجواب بأن في المسألة المتقدمة وضع المسألة أن المرأة ادعت الصداق ، وههنا لم يذكر دعوى الصداق ، ومتى لم يوجد منهما دعوى الصداق لا يمكن ترجيح بينتهما بزيادة الإثبات على بينة الرجل ، لأنهما استويا في الإثبات ، فتعذر العمل بهما وبإحداهما ، فيبطلان جميعاً كما في مسألة مكة وكوفة ، ولا فرق بين

بالترجيح ، فأما ههنا العمل بالبينتين متعذر للتضاد والتنافي كما في مسألة الاستحسان ، ووجب العمل بأحدهما ، فكان شهادة المسلمين ، وإنه حجة على الفريقين أولى من العمل بشهادة أهل الكتاب ، وإنه حجة على أحد الفريقين دون الآخر .

٢١٣١٩ - قلت : أرأيت إن مات هذا الخنثى ، فادعى أمه ميراث غلام ، وأقر الوصي بذلك ، وجحد بقية الورثة ، وقالوا : هي جارية ، قال : إذا جاءت الأموال والدعوى لم يصدق الوصي ، ولا الأم على ما ادعى ، أما الأم : فلا تصدق ؛ لأنها تدعي زيادة الميراث للغلام بسبب غير ظاهر وهو ذكورة الخنثى حتى يزداد ميراثها من جهة الخنثى ، وينكر بقية الورثة بذلك ، فلا تصدق الأم فيما ادعت من زيادة الميراث لنفسه إلا ببينة تثبت ما ادعت ، ولا يصدق الوصي وإن لم يكن الوصي مدعيًا بذلك لنفسه شيئًا ؛ لأنه إذا لم يكن مدعيًا لنفسه شيئًا ، يكون الوصي شاهدًا إلا أنه شاهد فرد والحكم لا يقطع بشهادة الفرد .

قلت : فإن كان هذا الخنثى حيًا لم يمت ، فقال : أنا غلام ، وطلب ميراث غلام من أبيه ، وصدقه الوصي في ذلك ، وأنكر بقية الورثة ذلك ، وقالوا : هي جارية ، قال : لا أعطيه ميراث غلام ، ولا أصدقه على ذلك إلا ببينة ، وذلك لأن الخنثى بما يدعي أنه غلام يدعي زيادة ميراث لنفسه بسبب غير ظاهر ينكره بقية الورثة ، فلا يثبت ما ادعاه إلا ببينة إذا جحد بقية الورثة كما لو لم يصدق الأم إذا ادعت أنه غلام إذا جحد بقية الورثة ذلك ، ولا يثبت ما ادعاه الخنثى بقول الوصي ، وإن لم يكن مدعيًا ، فيكون شاهدًا ؛ لأنه شاهد فرد ، والحكم لا يقطع بشهادة الفرد .

قلت : أرأيت إن كان وصيه أخوه ، فزوجه امرأة ، ثم مات الخنثى ، طلبت المرأة ميراثها ، وقال الوصي : هو غلام ، وقد جاز النكاح ، وورثت المرأة منه ، وقال بقية الورثة : هي جارية ، قال : لا يلزم الورثة الذين أنكروا ميراث الغلام في حقهم ، ويلزم الوصي المقر ميراث غلام في نصيبه ، وترث المرأة من الخنثى ما أصاب الخنثى من المقر ، وتكلل الأخ ؛ لأن الأخ الوصي أقر بزيادة ميراث الغلام في حقهم ، ويلزم الوصي المقر ميراث غلام في نصيبه ، وترث المرأة من الخنثى ما أصاب الخنثى من المقر ، وذلك لأن الوصي أقر بزيادة ميراث الخنثى من جميع التركة ، فيكون مقرًا على بقية الورثة ، فيصح

إقراره في نصيبه، ولا يصح في حصة بقية الورثة إذا أنكروا، كما لو أقر بابن مجهول للميت، وأنكر بقية الورثة ذلك، صح إقراره في نصيب المقر، وصار نصيبه بينه وبين المقر به نصفان؛ لأنه زعم أن حقه وحق المقر به على السواء. فكذلك هنا زعم أن حقه وحق الخنثى فيما في يده على السواء، فيقسم ما أصاب الخنثى من أبيه، وما أصاب الأخ الوصي، فيكون بينهما نصفان، ثم تدخل المرأة في نصيب المقر دون نصيب سائر ورثة الخنثى؛ لأن الأخ الوصي من أحد ورثة الخنثى، وقد أقر له بامرأة مجهولة، وكذبه بقية الورثة، فتدخل المرأة في نصيبه، ولا تدخل في نصيب بقية الورثة.

خنثى مشكل كان له أخ لأبيه وأمه، فأقر أنه جارية، وزوجه رجلا، ثم مات الخنثى، وقد راهق قبل أن يعلم أنها امرأة، وقد زوجه الأخ الأول وهو الوصي امرأة، وزعم الأخ الوصي أنه رجل، والأخ الثاني الذي ليس بوصي زوجها من رجل، وزعم أنها امرأة، ثم مات الخنثى قبل أن يعرف حاله، فإن النكاح الأول جائز على الأخ الأول، وهو الوصي، ولا يجوز على من أنكر من بقية الورثة؛ لأن الأخ الأول أقر أن الخنثى غلام، وأقر أنه زوجه امرأة، وأن النكاح قد صح، وللمرأة ميراثها من ماله، وجحد ذلك بقية الورثة، فإذا فيصح هذا الإقرار في حق المقر وهو الأخ الأول؛ لأنه لم يسبق حكم بخلاف ما أقر به، ويصح في حق بقية الورثة الذين جحدوا ذلك لجحودهم، والنكاح الثاني باطل، لا يجوز على الأخ الثاني الذي أقر به، وعلى من أنكر من بقية الورثة، وذلك لأن إقرار الأخ الأول، وهو الوصي صح من حيث الظاهر بكون الخنثى غلاما، ويجوز نكاح امرأة، وفي الثاني في نقضه أن أقر الأخ الثاني أنها جارية، وأنه زوجها من رجل، فإن كان الأخ الثاني صادقا في إقراره، وجب نقض الإقرار الأول، وإن كان كاذبا لا يجوز نقض إقرار الأول، فلا ينقض إقرار الأول بالشك والاحتمال، وإن كان إقرار الأول قد نفذ من حيث الظاهر بمنزلة قضاء القاضي إذا نفذ من حيث الظاهر بكون الخنثى غلاما ببينة قامت على ذلك، ثم جاءت بينة أخرى قامت بخلاف ذلك على أنها جارية، فإن الثانية لا تقبل؛ لأن قضاء القاضي بالبينة الأولى نفذ من حيث الظاهر، ووقع الشك في جواز هذا الإقرار، فإن كان الأخ الأول صادقا في إقراره لم يصح الثاني، وإن كان كاذبا في إقراره لا يصح الثاني، والصحة لم تكن ثابتة، فلا تثبت بالشك، فلهذا قالوا: بأن إقرار الأخ الثاني لا يجوز لا في حقه، ولا في حق بقية الورثة، وإقرار الأخ الأول صحيح في حقه

باطل في حق بقية الورثة.

قال: فإن لم يعرف أي النكاحين أول، قال: أبطل هذا كله، ولا أورث شيئًا منهما؛ لأنه تعذر القضاء بالنكاحين جميعًا للتضاد والتنافي، وتعذر بأحدهما بعينه؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر، فبطلا جميعًا، كما قالوا في رجل تزوج أختين، ولا يدري السابقة منهما، يبطل النكاحان جميعًا، ويجعل كأنهما وقعا معًا، فكذلك هذا.

قلت: فإن عرفت الذي أقر أنها امرأة، وزوجها رجلا أنها أول، قال: ألزمه ميراث الزوج في نصيبه، ولا ألزم غيره، وأبطل النكاح الثاني، أما إقرار الأول بأنها امرأة، وزوجها رجلا إذا عرفت أنه أول، فإنه يصح في حق المقر حتى يدخل الزوج في نصيب المقر، ولا يدخل في نصيب بقية الورثة؛ لأن المقر أحد ورثة الخنثى، وقد أقر بزوج للخنثى، وجحد بقية الورثة ذلك، فيدخل الزوج المقر له في نصيب المقر، ولا يدخل في نصيب بقية الورثة، ولا يصح إقرار الثاني أنه رجل، وأنه زوج امرأة؛ لأن الإقرار الأول بكونها امرأة وبأنه زوجها ثبت من حيث الظاهر؛ لأنه لم يسبق حكم بخلاف إقراره، ووقع الشك في نقضه بإقرار الثاني من الوجه الذي ذكرنا فيما تقدم، فلا ننقضه بالشك.

٢١٣٢٠- خنثى مشكل مراهق، وخنثى مثله مشكل زوج أحدهما من صاحبه على أن أحدهما رجل، والآخر امرأة، فقد ذكرنا هذه المسألة قبل هذا في نوع النكاح، وإنما أعادها في هذا النوع لفرع يختص بهذا النوع، إنهما إذا ماتا بعد الأبوين، وأقام كل واحد من ورثتهما بينة أنه هو الزوج، وأن الآخر هو الزوجة، قال: لا أقضي بشيء من ذلك؛ لأن العمل بهما، وبأحدهما متعذر؛ لأنه لا رجحان لأحدهما على الآخر في الإثبات، فيبطلان جميعًا كما في مسألة كوفة ومكة.

قلت: فإن جاءت إحدى البينتين قبل الأخرى، فقضيت لها، ثم جاءت البينة الأخرى، قال: أبطل بينة الأخرى والقضاء الأول ماض على حاله كما في مسألة مكة وكوفة، قلت: أرأيت خنثى شهدت عليه شهود أنه غلام، وشهدت عليها شهود أنه جارية وهي مراهق مشكل، ولم يظهر منه شيء يعرف الحاكم أنه ذكر أو أنثى، قال: ينظر في ذلك، فإن كان تطلب ميراثًا، قضي بشهادة الذين شهدوا أنه غلام، لا بشهادة الذين شهدوا أنها جارية؛ لأن بينته أكثر إثباتًا، فإنه يدعي زيادة ميراث على أنها جارية؛ لأن

بينته أكثر إثباتًا، فإنه يدعي زيادة ميراث ينفيه بينة الأخرى، وإن كان لا يطلب ميراثًا، وكان رجلا يدعي أنه امرأته، فإنه يقضي بكونها جارية، ويقضي بكونها امرأته، ويبطل البينة الأخرى؛ لأن البينة الأولى أثبت كونها جارية والنكاح عليها والبينة الأخرى أثبتت كونه غلامًا لا غير فكانت بينة الزوج أكثر إثباتًا، فكانت أولى بالقبول.

قلت: فإن كانت امرأة تدعي أنه زوجي، وإنه غلام قال: أوقف الأمر حتى يتبين؛ لأن البينتين استويا في الإثبات ومتى استويا في الإثبات وتعذر القضاء بهما، وتعذر بإحداهما، فيبطلان جميعًا، وهذا إذا لم تدع المرأة الصداق، فأما إذا ادعت الصداق، فبينة المرأة أولى على ما عرف، قلت: فإن كان الخنثى على هذه الحالة لا يطلب شيئًا، ولا يطلب منه شيء لا أسمع من البينة فيه على شيء؛ لأن البينة على كون الخنثى ذكرًا أو أنثى إنما تقبل إذا كان يتعلق بذلك حق من الحقوق، فأما إذا كان لا يتعلق به حق من الحقوق، فالدعوى في ذكورته وأنوثته لا يصح، والبينة في حقوق العباد، لا تقبل من غير دعوى صحيحة، أو يتوقف أمره حتى يتبين أنه غلام أو جارية، كما قبل إقامة البينة.

نوع آخر

في المتفرقات:

١١٣٢١- لا تجوز شهادته حتى يدرك؛ لأنه صبي أو صبية، وبعد ما أدرك إذا لم يتبين أمره يتوقف أمره في حق الشهادة حتى يتبين أنه ذكر؛ لأن هذا القدر من شهادته متيقن فيه، والزيادة مشكوك فيه، قلت: أرأيت رجلا أوصى لما في بطن امرأة بألف درهم إن كان غلامًا، أو بخمسمائة إن كانت جارية، فولدت هذا الخنثى المشكل، قال: يعطى له خمسمائة؛ ويوقف الخمسمائة الأخرى إلى أن يتبين حاله، أو يموت قبل التبين؛ لأن خمسمائة متيقن فيها، جارية كان الخنثى أم غلامًا، والزيادة على ذلك مشكوك فيه إن كان غلامًا، فله ذلك، وإن كانت جارية لا يكون لها ذلك، فلا يعطى له الزيادة على الخمسمائة بالشك، بل يوقف إلى أن يتبين حاله، أو يموت قبل التبين، فإن تبين أنه ذكر دفعت الزيادة إليه، وإن تبين أنه جارية دفع إلى ورثة الموصي؛ لأنه يحكم بكونه أنثى متى

مات قبل التبيين حتى لا يستحق زيادة المال بالشك، وهذا قول علمائنا رحمهم الله؛ لأن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث هكذا يفعل، فكذلك في الوصية.

قال الشعبي رحمه الله: بأنه يعطى له نصف وصية الغلام خمسمائة ونصف وصية الجارية مائتان وخمسون؛ لأنه يجعل الخنثى المشكل كأنه نصف رجل ونصف امرأة، ألا ترى أنه في حق الميراث اعتبره نصف رجل ونصف امرأة حتى أعطاه نصف ميراث الغلام ونصف ميراث الجارية، ففي حق الوصية هكذا يعتبر على مذهبه؛ لأن الوصية أخت الميراث، فيعطى له سبعمائة وخمسون، ويوقف مائتان وخمسون إلى أن يتبين حاله، فإن تبين أنه ذكر يعطى له، وإن تبين أنه أنثى يؤخذ منه مائتان وخمسون - والله أعلم -.

كتاب معرفة المسمى

٢١٣٢٢- إذا قال: أوصيت لفلان بشيء من مالي، أو قال: بقليل من مالي، أو قال: بيسير من مالي، فإنه لا يبلغ به النصف، بل ينقص عن النصف قليلا؛ لأنه وصف الموصى به بالاستقلال نصًا في قوله: قليل، ومعنى في قوله: بشيء يسير؛ لأن الشيء، واليسير في عرف الاستعمال يستعملان استعمال الاستقلال والكثرة والقلة يعرف بالمقابلة، فلو أعطيناه نصف حاله، لا يكون الموصى به قليلا بمقابلة الباقي؛ لأن الباقي مثله، وليس بأكثر منه، ومتى أعطيناه دون النصف كان الموصى به قليلا بمقابلة الباقي؛ لأن الباقي أكثر منه، وكذلك إذا أقر، فقال: لفلان شيء من مالي قليل من مالي يسير من مالي إلا أن في الإقرار الخيار للمقر، وفي الوصية لورثة الموصي، وإن لم يكن له وارث، فالخيار إلى السلطان يعطي ما شاء من غير أن يبلغ النصف.

٢١٣٢٣- ولو قال في الوصية أو في الإقرار: لفلان جزء من مالي، فإنه لا يزاد على النصف، ويجوز أن يبلغ النصف؛ لأن اسم الجزء في عرف الاستعمال لا يطلق على ما زاد على النصف، لا يقال: لثلثي المال جزء من ثلاثة، وإنما يقال: جزءان من ثلاثة، فأقصى ما يقع عليه هذا الاسم النصف، ولا غاية لأقل ما يقع عليه هذا الاسم، فيعطي المقر، وورثة الموصي ما شاؤوا إلى النصف.

٢١٣٢٤- ولو أقر بطائفة من ماله، وأوصى بطائفة من ماله، فاعلم بأن الطائفة اسم للبعض من الجملة، وذلك قد يقل، وقد يكثر، قال الله تعالى: ﴿يَغْشَىٰ طَآئِفَةً مِّنكُمْ وَطَآئِفَةٌ قَدْ أَهَمَّتْهُمْ أَنفُسُهُمْ﴾[1]، ومعلوم أن أحد الفريقين كان أكثر من الآخر، وقد سماهما الله تعالى جميعًا طائفة، فعلم أن اسم الطائفة قد يقع على القليل، وقد يقع على الكثير، فيرجع في البيان إلى المقر والموصي، وإن ماتا، فالبيان إلى ورثتهما، وإن لم يكن لهما وارث فالبيان إلى السلطان، ولو أقر ببعض ماله، فالبعض والطائفة سواء؛ لأنهما يستعملان في عرف الاستعمال استعمالا على السواء.

---

(١) سورة آل عمران: الآية ١٥٤.

٢١٣٢٥ - لو أوصى له بثلث ماله من البز، فهذا على ثياب القطن والكتان، قالوا: وهذا على عرف أهل الكوفة، فإن في عرفهم البز يقع على ثوب القطن والكتان، وبائع ثياب القطن والكتان يسمى بزازًا، ولا يقع هذا الاسم على ثياب الديباج، وبائعه لا يسمى بزازًا، فانصرف مطلق الوصية إلى ثياب القطن والكتان. وفي عرفنا اسم البزاز لا ينطلق على ثوب القطن والكتان، وبائعه يسمى كرابيسيًا ولا يسمى بزازًا، فإنما يقع هذا الاسم على ثياب الديباج، وسائر الثياب التي تتخذ من الإبريسم، وبائع هذه الأشياء يسمى بزازًا، فينصرف مطلق الوصية إلى هذا النوع.

٢١٣٢٦ - ولو أوصى له بثوب، فهو على ما يلبس عادة ثوب الديباج وثوب القطن والكتان في ذلك على السواء[1]؛ لأن الثوب اسم لما يلبس، وكل ما يلبسه الناس عادة يدخل تحت الوصية، والمسح والبساط والبز لا يدخل؛ لأنها لا تلبس عادة، فلا يتناوله اسم الثوب، وكذلك العمامة والقلنسوة لا يدخل تحت الوصية؛ لما ذكرنا أن اسم الثوب إنما يطلق على ما يلبس، والقلنسوة والعمامة مما لا يلبسان، ولهذا يقال في استعمال الناس: تعمم وتقلنس، ولا يقال: لبس، ولهذا لا تجزئ العمامة والقلنسوة في كفارة اليمين.

قال بعض مشايخنا قول محمد رحمه الله في العمامة: إنه لا تجزئ عن كفارة اليمين محمول على عمائم العرب، فإنما عمائمهم قصار لا تزيد على ثلاثة أذرع بحيث لا يجيء منهم ثوب كامل، فأما عمائمنا طوال يجيء منه ثوب كامل وزيادة، فيجوز عن الكفارة، قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي: فعلى قياس هذا القول في الكفارة يجب أن تدخل العمامة في الوصية، هكذا حكى لنا الشيخ الإمام الزاهد أبو بكر حامد.

٢١٣٢٧ - ولو أوصى له بمتاعه، فقد ذكر محمد رحمه الله في باب الاستثناء عن العام والخاص منه أن الأمير إذا قال: من أصاب متاعًا دون الآنية فهو له، فأصاب رجل ثيابًا أو قميصًا أو بيوتًا أو بساطًا أو فرشًا أو مرافق جمع مرفقة، فذلك كله له؛ لأن اسم المتاع في العادة يقع على ما يلبسه الناس ويبسطه، وهذه الأشياء بهذه الصفة، ولو أصاب

(١) وفي ف: ثوب الديباج وثوب القطن والكتان والبر والكساء في ذلك على السواء.

والبرذون لا يتناول العربي، واسم الفرس إذا ذكر مطلقًا لا يتناول العربي تمامًا
واستحسانًا نحو ما إذا حلف أن لا يركب فرسًا، فركب برذونًا. ونحو ما إذا قال الأمير
في التنفيل: من قتل قتيلًا فله فرس من الغنيمة، فقتل رجل قتيلًا يستحق فرسًا من
الغنيمة، ولا يستحق برذونًا. وأما إذا ذكر اسم الفرس مضافًا إلى شخص، فإنه يقع على
العربي والبرذون جميعًا حتى إن في باب التنفيل إذا قال الأمير: من قتل قتيلًا فله
فرسه، فقتل رجلًا على برذون أو برذونة، فذلك له استحسانًا.

واستشهد لوجه الاستحسان فقال: ألا ترى أن الأمير لو دعا فارسًا من
المشركين، وقال: من قتل هذا الفارس فله فرسه، وهذا مشرك على برذون، فقتله
رجل من المسلمين كان البرذون له. والمعنى في ذلك أن الإضافة بمنزلة الإشارة من حيث
إن الإضافة للتعريف كالإشارة، والإشارة للتعريف بالتمام إليه، والصفة في المشار إليه لغو
صالح على ما عرف، فكذا يكون في المضاف نحوًا فنقول: اسم الفرس صفة تصحب
البرذون كذلك؛ لأن الفرس هو الخيل العربي والبرذون هو الخيل العجمي، فإن قول
الأمير: من قتل قتيلًا فله فرسه، واسم الخيل يقع على العربي والبرذون جميعًا،
فيدخل تحت الخيل العربي والبرذون اسم الخيل.

عبارة أخرى لوجه الاستحسان: اختاره بعض المشايخ أن البرذون يقع عليه اسم
الفرس، ألا ترى أن صاحب البرذون يستحق اسم الفارس، فيسمى فارسًا، وإنما يستحق
هذا الاسم بالبرذون الذي ركبه. وألا ترى أنه يقال: كما كنا من العرب أن ومن كان
لبعضهم العراب ولبعضهم البراذين، فعلم أن اسم الفرس يقع على البرذون فيدخل تحت
الخيل، ولكن العبارة الأولى أصح.

ولو قتل قتيلًا على حمار أو بغل، فإنه لا يستحق شيئًا من ذلك؛ لأن تقدير كلامه
على جواب الاستحسان: من قتل قتيلًا له جنبة العربي، ولو صرح بذلك لا يدخل تحت
التنفيل البغل والحمار. كذا ههنا، واستشهد محمد رحمه الله لإيضاح الفصل الأول،
فقال: ألا ترى أن الأمير إذا قال: من دخل باب المدينة على فرسه أو قاتل على فرسه،
فله كذا، فهذا على البراذين والعراب؛ لأنه ذكر الفرس مضافًا إلى الداخل والقاتل.
ولكنه لو قال: من دخل باب المدينة على فرس، فله كذا، فهذا على العراب خاصة؛ لأنه

ذكر الفرس مطلقًا، فيجب اعتبار الصفة فيه، ألا ترى كيف وقع الفرق في الاستشهاد بين الإضافة والإطلاق.

٢١٣٣٢- ولو قال الأمير: من نزل عن فرسه وقاتل، فله مائة درهم، فنزلوا كلهم أصحاب العراب وأصحاب البراذين، فلهم نفلهم؛ لأن الفرس ذكر مضافًا إلى النازل، فيقع على العراب والبراذين جميعًا. ولو قال: من نزل عن فرس وقاتل، فله كذا، فالنازلون عن العراب، والنازلون عن البراذين يستحقون النفل استحسانًا. والقياس أن يكون النفل للنازلين عن البراذين؛ لأن الفرس ذكر مطلقًا.

وجه الاستحسان: أن الفرس ذكر مضافًا معنى؛ لأن الإنسان إنما ينزل عن فرس هو راكبه، فصار الفرس مضافًا إلى راكبه من هذا الوجه، فيقع على العراب وعلى البراذين جميعًا. بخلاف ما إذا قال الأمير: من دخل باب المدينة على فرس، فله كذا، من قاتل على فرس فله كذا، فإن ذلك على العراب خاصة؛ لأن هناك لم يوجد الإضافة لا نصًا ولا ظاهرًا ولا معنى؛ لأن الدخول في باب المدينة، والقتال مع الكافر مقصود بدون الفرس، فبقي الفرس مطلقًا، وإنه يقع على العراب دون البراذين، ولأن مقصود الأمير في فصل[1] النزول ليس عين النزول، وإنما المقصود التحريض على القتال راجلًا، ألا ترى من نزل عن فرس عربي، ولم يقاتل لا يستحق النفل، والذين نزلوا عن البراذين، والذين نزلوا من العراب في حق هذا المقصود على السواء، وصار تقدير هذه المسألة كأن الإمام قال: من قاتل راجلًا، فله كذا، بخلاف ما لو قال: من قاتل على فرس، من دخل باب المدينة على فرس، فله كذا، فإن ذلك يقع على العراب خاصة؛ لأن المقصود هناك متفاوت؛ لأن الفرس أسرع في المشي، وأقدر على الاتباع، وأمكن من الأخذ، فلهذا اختص النفل بالعراب.

٢١٣٣٣- ولو قال: من قتل قتيلًا، فله برذونه، فقتل رجلًا على عربي لم يكن له ذلك؛ لأن اسم البرذون لا يتطلق على العربي بحال، فالعربي لم يدخل تحت التعيين، ولو قتل قتيلًا على فرس شهري من له، فهذا بمنزلة من البراذين دون العراب، قوله: شهري يروى -بفتح الشين وبضمه- قيل: إنه فارسي معرب، وهو المولود من العراب

[1] وفي ظ وب وم: فضل.

كتاب

فيه بيان ما يسري من الحق الثابت في الأصل إلى الولد وما لا يسري، وما يسري إلى أحدهما دون الآخر:

٢١٣٣٤ - قال محمد رحمه الله: ولو أن جارية مسلم أحرزها العدو بدارهم، ورجل مسلم في دارهم، فاستوهبها، فوهبوها منه وأخرجها إلى دار الإسلام، فالمالك القديم يأخذها بقيمتها إن شاء، ويعتبر قيمتها يوم قبضها الموهوب له بحكم الهبة، ولا شيء من قيمتها بحكم قطع اليد، ولا سبيل للمالك القديم على الأرش، ويكون الأرش سالمًا للموهوب له، ولو كانت ولدت في يد الموهوب له ولدًا، فالمالك القديم يأخذها بقيمتها، ويأخذ معها ولدها أيضًا، فقد حكم بسراية هذا الحق إلى الأرش، وفي الهبة لم يحكم بسراية ما للواهب من حق الرجوع في الجارية، لا إلى الولد، ولا إلى الأرش، فإن الجارية الموهوبة إذا ولدت ولدًا في يد الموهوب له، أو قطع يدها، وأخذ الموهوب له الأرش، ثم رجع الواهب في الهبة، فإنه لا سبيل له على الولد، ولا على الأرش، وفي البيع الفاسد حكم بسراية ما للبائع من حق الاسترداد في الجارية إلى الولد، وإلى الأرش جميعًا، والوجه في ذلك كله أن يقول: إن حق الواهب في الرجوع، وإن كان ثابتًا في عين الموهوب إلا أنه حق لا قرار له، فإنه يحتمل بزوال الموهوب عن ملك الموهوب له، سواء حصل الزوال بصنعه بأن باع الموهوب، أو وهبه، أو تصدق، أو بغير صنعه بأن هلك الموهوب في يده، فإن بعدما باع الموهوب له الهبة من غيره، أو وهبها من غيره، وهلك الموهوب له في يده لا يبقى للواهب حق الرجوع أصلًا.

قلنا: والحق في العين إذا لم يكن مستقرًا لا يسري إلى الولد، ولا إلى الأرش؛ لأن ما لا قرار له وجوده والعدم بمنزلة في حق الأحكام، ألا ترى أن الوكيل بالشراء إذا اشترى قريب نفسه لا يعتق، وإذا اشترى زوجته لا يفسد النكاح، وإن كان الملك يثبت للمشتري أولًا، ثم ينتقل إلى الموكل، ولكن قيل: بأن ملك الوكيل حيث لا قرار له، فلم يعتبر في حق شيء من الأحكام، كذا ههنا، وكذلك حق الفقير في قدر الزكاة في النصاب بعد حولان الحول لما كان حقًا لا قرار له، فإن لصاحب النصاب سبيل من نقله إلى غيره إذ

لم يسر إلى الولد، فكذا حق الواهب في الرجوع في الهبة لما كان حقًا لا قرار له لم يعتبر في حق سرايته إلى الأرش والولد.

وأما حق البائع في استرداد المبيع بحكم فساد البيع، فحق ثابت في العين، وإنه مستقر لو أراد المشتري أن ينقل حقه إلى عين أخرى حال قيام العين لا يقدر عليه، ولو أزاله المشتري عن ملكه، أو هلك في يده لا يبطل حقه في الاسترداد أصلًا، فإن المشتري يغرم قيمته في الأحوال كلها، واسترداد القيمة كاسترداد العين، ولهذا سميت قيمة لقيامها مقام العين

وإذا كان حقه في العين حقًا مستقرًا كان حق البائع أقوى من حق الواهب، فيسري حق البائع إلى الولد وإلى الأرش، ولم يسر حق الواهب في الولد والأرش ليظهر مزية حق البائع على حق الواهب لانحطاط رتبة حق الواهب عن حق البائع بيعًا فاسدًا، وأما حق مولى المأسور في المأسور فوق حق الواهب في الهبة دون حق البائع في المبيع بيعًا فاسدًا، أما فوق حق الواهب: فإن حق المأسور منه في المأسور لا يبطل متى أزال التملك من جهة العدو المأسور عن ملكه بصنعه في البيع والهبة حتى كان له أن يأخذ المأسور من المشتري الثاني ومن الموهوب له، ويبطل متى أزال المأسور عن ملكه كلها بأن أسر ثانيًا، وحق الواهب يبطل بزوال الموهوب عن ملك الواهب له على كل حال، فكان حق المأسور منه فوق حق الواهب من هذا الوجه، وأما دون حق البائع في الاسترداد؛ لأن حق البائع في الاسترداد لا يبطل بزوال المبيع عن ملك المشتري سواء زال بصنعه أو بغير صنعه، وحق المأسور منه يبطل متى زال المأسور عن ملكه في غير صنعه واختياره، فهو معنى قولنا: إن حق المأسور منه في المأسور دون حق البائع وفوق حق الواهب.

قلنا: لو كان حق المأسور منه نظير حق البائع في البيع الفاسد يسري حقه إلى الولد كحق الواهب، فإذا بينهما ألحقنا بحق البائع في حق الولد، وألحقناه بحق الواهب في حق الأرش فقلنا: سرايته إلى الولد دون الأرش عملًا بالشبهين بقدر الإمكان، وإنما عملنا على هذا الوجه ولم نعمل على العكس؛ لأنا لو عملنا بشبهة حق الواهب في حق الولد وقلنا: بأن حق المأسور فيه لا يسري إلى الولد مع أن الولد جزء من المأسور يلزمنا أن نعمل بهذا الشبه في حق الأرش وإنه ليس بجزء من أجزاء المأسور حقيقة، بل هو دراهم أو دنانير من الطريق الأولى، فحينئذ يتعطل العمل بالشبهين، أما لو عملنا بشبه حق الواهب في حق الأرش، وقلنا: بأن حق المأسور منه لا يسري إلى الأرش، وأيس

بجزء من أجزاء المأسور حقيقة، فيثبت بمنفصل الحمل بالشبهين: فلأجل هذا المعنى فصلنا بالشبهين على الوجه الذي ذكرنا. وصار الجواب في المأسور نظير الجواب في المملوك إذا جنى بجناية موجبة للمال، فإن حق ولي الجناية يسري إلى الولد، ولا يسري إلى الأرش حتى إن المملوك الجاني إذا كان جارية، وولدت ولدًا، واختار المولى دفعها مع ولدها، ولو قطعت يدها، وأخذ المولى أرشها، ثم اختار الدفع، دفعها بدون الأرش كذا ذكر شيخ الإسلام مسألة المملوك إذا جنى جناية في باب ما يحرزه العدو، فيأخذه المولى بالثمن أو بالثمن الآخر

٤١٣٣٥ - وكتبت في هذا الكتاب وإن جنت الأمة[1] جناية خطأ، ثم ولدت ولدًا بعد ذلك، ثم اختار الدفع، فإنه يدفعها دون الولد وهي مسألة الجامع الصغير، فرق بين هذا وبينما إذا استدانت الأمة ثم ولدت بعد ذلك ولدًا فإنها تباع مع الولد بالدين، فقد سرى الدين إلى ولدها الحادث بعد الدين، والجناية لم تسر إلى ولدها الحادث بعد الجناية، والفرق الصحيح أن يقال: إن ولد الأمة الجانية إنما لا يدخل في جنايتها؛ لأنه حيث ولدت لم يكن لولي الجناية في الأمة ملك، ولا حق مستقر، أما الملك فلا إشكال؛ لأن الأمة الجانية بنفس الجناية قبل الدفع لم تصر ملكًا لولي الجناية؛ لأن لصاحب الأمة الخيار بين أن يزيلها عن ملكه بالدفع وبين أن يستبقيها على ملكه بالفداء فكان بمعنى خيار البائع وإنه يمنع زوال ملكه[2]، وبهذا نفذ تصرفات المولى فيها بعد الجناية، وأما الحق المستقر فلأن استقرار الحق في العين إنما يثبت إذا صار صاحب الرقبة ممنوعًا عن التصرف في رقبته أو منفعته، وبتعلق حق ولي الجناية بالرقبة لم يصر المولى ممنوعًا من التصرف لا في رقبتها ولا في منفعتها، أما في رقبتها فإنه يملك بيعها وهبتها برضى ولي الجناية بذلك أو سخطه، وأما في منفعتها فإنه يؤاجرها ويستخدمها ولا يمنع من ذلك، فإذا لم يصر ممنوعًا من التصرف لا في رقبتها ولا في منفعتها، كان حق ولي الجناية في العين غير مستقر، فلا يسري إلى الولد، وصار كحق الفقير في قدر الزكاة بعد حولان الحول لما كان غير مستقر؛ لأنه لم يمنع صاحب المال من التصرف فيه لا رقبة، ولا منفعة لم يسر ذلك إلى الولد المتولد من المال الذي وجب فيه الزكاة، كذا هنا، وأما الدين حق مستقر في الأمة المديونة حتى صار المولى ممنوعًا من بيعها وهبتها، فجاز أن يسري إلى الولد، وكان

(1) وفي ظ: الجارية.

(2) وفي د: ملكه.

فصل

من كتاب العتاق

يشتمل على بيان ما يتوقف من الإعتاق وما لا يتوقف، ويدخل فيه إعتاق المالك محلا تعلق به حق الغير.

٢١٣٣٧ - وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة، فلحقه دين كثير، ثم إن المولى باع عبده بغير أمر من الغرماء، فأعتقه المشتري قبل أن يقبضه، فإنه يقف عتقه إن أجاز الغرماء البيع، أو قضى المولى دين الغرماء، أو أبرأ الغرماء العبد عن الدين؛ فإنه ينفذ العتق من المشتري، فإن أبى الغرماء أن يجيزوا البيع، أو أبى المولى أن يقضي دينه، فإنه يبطل عتقه، ويباع العبد للغرماء بدينهم، هكذا ذكر في «الأصل» مطلقًا، وهذا الجواب لا يشكل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وذلك لأن المشتري من غير المالك لو أعتق يقف عتقه عندهما كالمشتري من الغاصب، فلأن يقف عتق المشتري هنا والشراء حصل من المالك، وللغير فيه حق أولى، وأما على قول محمد رحمه الله: فقد اختلف المشايخ رحمهم الله، منهم من قال: بأنه لا يقف عتق المشتري على قول محمد رحمه الله؛ وهذا لأن الشراء موقوف على إجازة الغرماء، والمشتري في الشراء الموقوف متى يعتق، فإنه لا يقف العتق عليه عنده كالمشتري من الغاصب، فكذلك هنا، فعلى قول هذا القائل ما ذكر من الجواب قولهما، ومنهم من قال: ما ذكر قولهم جميعًا وهذه المسألة تصير حجة لأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، على قول محمد في مسألة أخرى[1]: المشتري من الغاصب إذا أعتق، فعلى قول هذا القائل محمد رحمه الله: يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين المشتري من الغاصب.

٢١٣٣٨ - ووجه الفرق له وهو أن العتق متى حصل بعد تمام سبب الملك يقف، ألا ترى أن الوارث إذا أعتق عبدًا من التركة وفي التركة دين مستغرق، فإنه يقف عتقه؛ لأنه أعتق بعد تمام سبب الملك، والمشتري على أن البائع بالخيار إذا أعتق لا يقف؛ لأنه

---

(١) لفظ «أخرى» موجود في ط فقط.

حصل قبل تمام سبب الملك، فإن شرط الخيار مما يمنع تمام السبب، لأن القياس أن يوجب فساده، فإن لم يثبت الفساد لحاجة الناس إليه يثبت النقصان، وكذلك المشتري من المكره إذا أعتق لا ينفذ؛ لأنه حصل قبل تمام سبب الملك، فإن البيع إنما يتم برضا العاقدين، وكذلك المشتري شراء فاسداً إذا أعتق قبل القبض لا ينفذ عتقه؛ لأنه حصل قبل تمام السبب، وإذا ثبت هذا الأصل، نقول في المشتري من الغاصب: العتق حصل قبل تمام سبب الملك؛ لأن عدم الرضا من المالك مما يمنع تمام السبب كما في بيع المكره فلا ينفذ، والعتق من المشتري والمولى في مسألتنا حصل بعد تمام السبب.

وقد روي عن أبي يوسف رحمه الله في "الأمالي": أن المشتري متى أعتق قبل القبض نفذ عتقه ولم ينقض، ولو باعه، يتوقف بيعه، وذهب في ذلك إلى أن المشتري مسلط على التصرف في المشتري من جهة البائع، فيعتبر تصرفه بتصرف البائع، والبائع المسلط وهو المولى لو أعتق عبده المديون، نفذ عتقه ولم ينقض، ولو باع توقف، فكذا الذي قام مقامه، ونظير هذا المولى إذا أقر بهذا العبد لغيره فأعتقه المقر له، نفذ عتقه قبل القبض وبعده؛ لأنه سلط على التصرف من جهة المقر، وكان له ما كان للمقر، فكذلك هذا، ولكن الفرق على ظاهر الرواية بين هذا وبين الإقرار، وهو أن الإقرار ليس بتمليك في نفسه، وإنما هو إخبار عن تمليك، كان قبل الإقرار بسبب وجد قبل الإقرار، ولهذا قالوا: بأنه يجوز الإقرار بالأبق، وجعل إخبار عن تمليك سابق على الإباق، وكذلك يصح الإقرار بالخمر، وطريقه ما قلنا، فكذا هذا يجعل إقراره إخباراً عن تمليك سابق على الإقرار في وقت يصح التمليك منه في ذلك الوقت، وليس ذلك إلا ما قبل لحوق الدين، فأما البيع فلإثبات تمليك مبتدأ للحال، وتمليك مبتدأ للحال لا يصح من المولى على سبيل البتات لما للغرماء فيه من الحق، وإنما يصح على سبيل التوقف، وتسليط المشتري على التصرف من جهة البائع، إنما يثبت بحكم التمليك لا بحكم الإذن، وإن لم يأذن له بالتصرف، وإنما ملكه، فإذا ثبت الملك للمشتري على سبيل التوقف والتسليط على العتق يثبت مثل ذلك.

وأما المشتري من الراهن بغير إذن المرتهن إذا أعتق قبل القبض هل ينفذ؟ حكي عن الفقيه أبي بكر البلخي أنه سئل عن هذا، فقال: لا أحفظ فيه رواية عن أصحابنا، والقائل

أن يسوى بينه وبين مسألتنا، ويقول: يتوقف عتق المشتري في مسألة الرهن كما توقف ههنا. وذلك لأن حق المرتهن في المرهون ينقلب حقيقة ملك في الباقي، بأن يهلك الرهن في يده، وحق الغريم في العبد لا ينقلب حقيقة ملك بهلاك العبد، لأنه يصير مستوفيًا لدينه، ولهذا قالوا: بأن الراهن إذا أعتق وهو معسر، فإنه لا يضمن، وجعلوا المرتهن في هذا العبد بمنزلة الشريك متى كان معسرًا، ولم يجعلوا الغريم بمنزلة الشريك للمولى في هذا العبد، حتى قالوا: إذا أعتق المولى عبده المديون يضمن قيمته للغرماء موسرًا كان معسرًا، وكذلك للمرتهن يد على المرهون، ولا يد للغريم على العبد المديون، وإذا كان حق الغريم في العبد يمنع نفاذ عتقه، ويوجب توقف عتق المشتري، فلأن يوجب حق المرتهن توقف عتق المشتري، ويمنع نفاذه كان أولى.

ولقائل أن يقول: بأن عتق المشتري من الراهن ينفذ ولا يتوقف، وعتق المشتري من المولى عبده المديون يتوقف؛ لأن حق الغريم في العبد آكد من حق المرتهن، وذلك لأن حق المرتهن في المرهون إنما يثبت بسبب الدين ودين المرتهن على الراهن، لا على المرهون حتى لو أراد المرتهن أن يبيع الرهن بعد ما أعتقه الراهن، وكان الراهن موسرًا، لم يكن له ذلك، وإذا كان معسرًا يسعى العبد بقدر قيمته لا بجميع دينه، ثم العبد يرجع بذلك على المولى ودين الغريم على العبد حتى كان للغريم أن يبيع العبد بجميع دينه متى عتق، والدليل عليه أن المرتهن لا يملك بيع المرهون إلا بتسليم، ورضى من جهة الراهن، ولغريم العبد أن يبيع العبد بدينه رضي المولى بذلك أم سخط، بأن يرفع الأمر إلى القاضي، فدل على أن حق الغريم مع زيادة وكادة إذا منع نفاذ عتق المشتري، فحق المرتهن وأنه دونه يجب أن لا يمنع النفاذ حتى يظهر انحطاط رتبة حق المرتهن عن حق الغريم، وزيادة قوة حق الغريم على حق المرتهن.

٢١٣٣٩- هذا إذا أعتق المشتري من المولى قبل القبض، وأما إذا قبض العبد، ثم أعتقه، فإنه ينفذ عتقه؛ لما ذكرنا أن بيع المولى عبده المديون بغير أمر الغرماء بيع فاسد، والبيع الفاسد يفيد الملك للمشتري بعد القبض كما في سائر البيوع الفاسدة.

فإن قيل: إذا كان هذا البيع فاسدًا، يجب أن لا يتوقف عتق المشتري قبل القبض كما في غيرها من البيوع الفاسدة. والجواب عنه ما ذكرنا أنه فاسد إلا أنه في الفساد دون سائر

العقود الفاسدة، وذلك بأن يوجب هذا العقد قبل القبض ملكًا موقوفًا لا يوجب غيرها من العقود الفاسدة -والله أعلم-.

الخاتمة من ناسخ نسخة ط:

الحمد لوليه، والصلاة على نبيه، الحمد لله وحده، والصلاة على من لا نبي بعده تمّ الكتاب بحمد الله وعونه وحسن توفيقه في يوم الأربعاء المبارك لأربع وعشرين ليلة خلت من شهر ذي القعدة الحرام سنة ١١٢٣ من الهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة والسلام وحسبنا الله ونعم الوكيل، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

فهرس المحتويات

****